جامعة دمشق – كلية الشريعة



تحفة الفقهاء

لعلاء الدين السمرقندي (٥٣٩ هـ)

وهي أصل « بدائع الصنائع » للكاساني - قال اللكنوي :
« ملك العلماء الكاساني ، صاحب البدائع شرح تحفة الفقهاء :
أخذ العلم عن علاء الدين محمد السمرقندي ، صاحب التحفة ».

الجزء الثاني

كتاب : البيوع - النكاح - الطلاق - العتاق - الأيمان - الإجارة

حققه وعلق عليه وينشره لأول مرة

الدكتور محمد زكي عبد البر

القاضي بمحكمة القاهرة الابتدائية

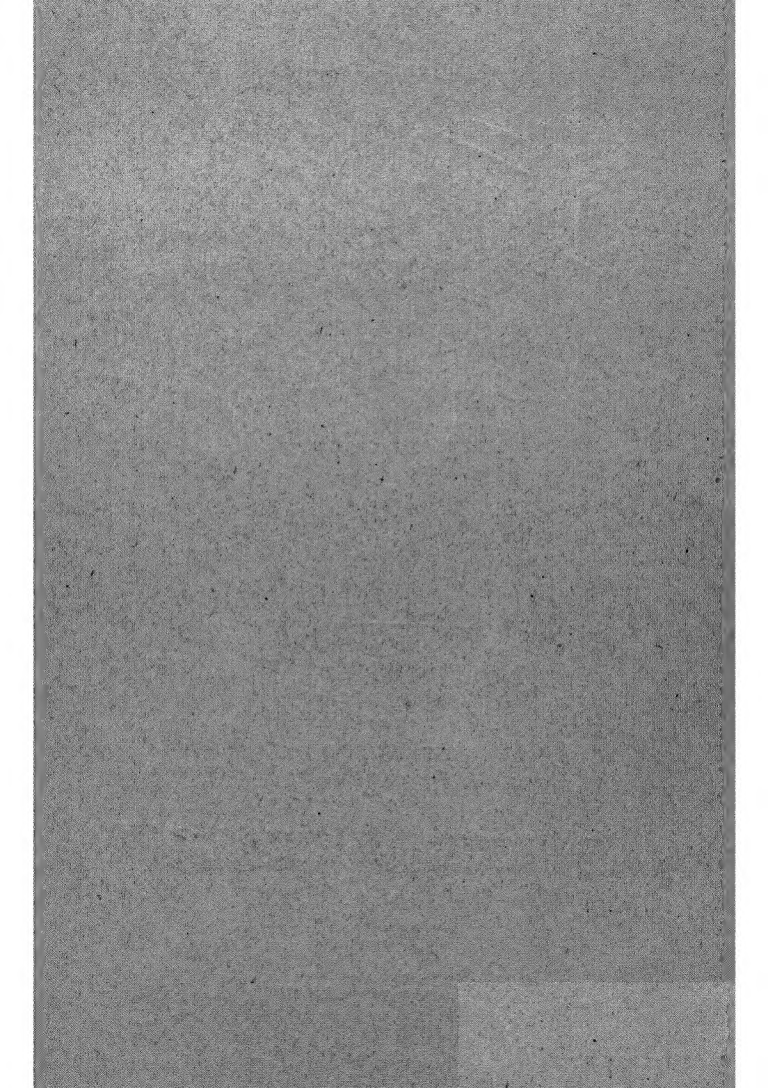
والمنتدب لتدريس الفقه الحنفي والقانون المدني بكلية الشريعة بجامعة دمشق

راجع متنه وقدم له الأستاذ الجليل الشيخ علي الخفيف أستاذ الشريعة الإسلامية
بكلية الحقوق بجامعة القاهرة ووكيل تلك الكلية سابقاً

الطبعة الأولى

١٣٧٧ هـ - ١٩٥٨ م

مطبعة جامعة دمشق



جامعة دمشق — كلية الشريعة



لعلاء الدين السمرقندي (٥٣٩ هـ)

وهي أصل « بدائع الصنائع » للكاساني - قال اللكنوي :
« ملك العلماء الكاساني ، صاحب البدائع شرح تحفة الفقهاء:
أخذ العلم عن علاء الدين محمد السمرقندي ، صاحب التحفة».

الجزء الثاني

كتاب : البيوع - النكاح - الطلاق - العتاق - الأيمان - الإجارة

حققه وعلق عليه وينشره لأول مرة

الدكتور محمد زكي عبد البر

القاضي بمحكمة القاهرة الابتدائية
والمنتدب لتدريس الفقه الحنفي والقانون المدني بكلية الشريعة بجامعة دمشق

راجع متنه وقدم له الأستاذ الجليل الشيخ علي الخفيف أستاذ الشريعة الإسلامية
بكلية الحقوق بجامعة القاهرة ووكيل تلك الكلية سابقاً

الطبعة الأولى

١٣٧٧هـ - ١٩٥٨م

مطبعة جامعة دمشق

ستصدر « التحفة » في ثلاثة أجزاء

الجزء الأول: ويشتمل على : كتاب الطهارة ـ كتاب الصلاة ـ كتاب الجنائز ـ كتاب الزكاة ـ كتاب الصوم ـ كتاب الحج .

الجزء الثاني : وهو هذا .

الجزء الثالث : ويشتمل على بقية كتب الفقه .

كتاب

البيـــــوع[1]

اعلم أن البيع مشروع.

عرفت شرعيته بالكتاب، والسنة، وإجماع الأمة.

أما الكتاب فقوله تعالى: «وأحل الله البيع»[2]، وقال تعالى: «لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم»[3].

وأما السنة <ف> ما روى عن النبي عليه السلام أنه قال: «يا معشر التجار! إن بيعكم هذا يحضره اللغو والكذب[4]، فشوبوه بالصدقة».

وكذلك بعث النبي عليه السلام والناس يتبايعون، فقررهم على ذلك، والتقرير أحد وجوه السنة.

وعليه إجماع الأمة.

---

(١) أشرنا فى آخر كتاب المناسك (فى الهامش ٥ ص ٦٥٨ من الجزء الأول) أن فى ا نقصاً وننبه هنا إلى أن النقص ما زال.

(٢) البقرة: ٢٧٥ ـ «الذين يأكلون الربا لا يقومون إلا كما يقوم الذى يتخبطه الشيطان من المس ذلك بأنهم قالوا إنما البيع مثل الربا وأحل الله البيع وحرم الربا فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف وأمره إلى الله ومن عاد فأولئك أصحاب النار هم فيها خالدون».

(٣) النساء: ٢٩ ـ «يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم ولا تقتلوا أنفسكم إن الله كان بكم رحيما».

(٤) فى حـ: «اللغو والحلف والكذب».

باب

السلم

البيع [1] أنواع أربعة :

أحدها - بيع العين بالعين ، كبيع السلع بأمثالها [2] ، نحو بيع الثوب بالعبد [3] وغيره - ويسمى هذا بيع المقايضة .

والثانى - بيع العين بالدين ، نحو بيع السلع بالأثمان المطلقة ، وبيعها بالفلوس الرائجة ، والمكيل والموزون والعددى المتقارب دينا .

والثالث - بيع الدين بالدين ، وهو بيع الثمن المطلق بالثمن المطلق ، وهو الدراهم والدنانير - وإنه يسمى عقد الصرف ، <و> يعرف فى كتابه إن شاء الله تعالى .

والرابع - بيع الدين بالعين ، وهو السلم ، فإن المسلم فيه مبيع وهو دين ، ورأس المال قد يكون عينا وقد يكون [4] دينا ، ولكن قبضه شرط قبل افتراق العاقدين بأنفسهما ، فيصير عينا .

. . .

والكلام فى السلم فى خمسة مواضع :

---

(١) فى الأصل : « قال : البيع » .

(٢) « بأمثالها » ليست فى ب . وفى حـ : « السلعة بمثلها » .

(٣) فى ب : « بالثوب » .

(٤) فى ب : « لا يكون » .

فى بيان مشروعيته،

وفى بيان[1] تفسيره لغة وشريعة،

وفى بيان ركنه،

وفى بيان شرطه،

وفى بيان حكمه شرعا .

أما الأول : فالقياس أن لا يجوز السلم، لأنه بيع المعدوم .

وفى الاستحسان: جائز، بالحديث، بخلاف القياس، لحاجة الناس إليه[2] — وهو قوله عليه السلام : « من أسلم منكم[3]: فليسلم فى كيل معلوم، ووزن معلوم[4]، إلى أجل معلوم » . وروى عنه عليه السلام أنه نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان ورخص فى السلم .

وأما تفسيره : لغة فهو عقد يثبت به[5] الملك فى الثمن عاجلا، وفى المثمن آجلا[6] — يسمى « سلما » و « إسلاما » و « سلفا » و « إسلافا » لما فيه من تسليم[7] رأس المال للحال .

---

(١) « بيان » من حـ .

(٢) « إليه » من حـ .

(٣) « منكم » ليست فى ب .

(٤) « ووزن معلوم » ليست فى ب و حـ .

(٥) « به » ليست فى ب .

(٦) « وفى المثمن آجلا » ليست فى حـ . ولكن كرر العبارة السابقة فقال : « وفى الثمن عاجلا » .

(٧) فى حـ : « عن تسليمهم » .

وفى عرف الشرع عبارة عن هذا أيضا مع زيادة شرائط ورد بها الشرع لم يعرفها أهل اللغة .

وأما ركنه — فهو الإيجاب والقبول .

والإيجاب[1] هو لفظ « السلم » و « السلف » — بأن يقول رب السلم لآخر[2] : « أسلمت إليك عشرة دراهم فى كر حنطة » أو « أسلفت » — وقال الآخر : « قبلت » .

ويسمى هذا « رب السلم » ويسمى « المُسْلِم » أيضا . والآخر يسمى « المُسْلَمَ إليه » . وتسمى الحنطة « المسلم فيه » .

ولو قال المسلم إليه لآخر : « بعت منك كر حنطة بكذا » وذكر شرائط السلم ، فإنه ينعقد أيضا ، لأنه بيع[3] ، على ما روينا أن النبي عليه السلام نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان ورخص فى السلم .

وأما شرائط جواز السلم

فسبعة عشر : ستة فى رأس المال ، وأحد عشر فى المسلم فيه .

أما الستة التى فى رأس المال < فهى > :

أحدها — بيان الجنس : أنه دراهم أو دنانير ، أو من المكيل : حنطة أو شعير ، أو[4] من الموزون : قطن أو حديد — ونحو ذلك .

---

(١) هكذا فى ب و حـ . وفى الأصل : « والإيجاب والقبول » .

(٢) « لآخر » من ب و حـ .

(٣) أى ينعقد بلفظ البيع لأن السلم بيع .

(٤) كذا فى ب و حـ . وفى الأصل : « و »

والثانى ــ بيان النوع : أنه دراهم : غطريفية[١] أو عدلية[٢] ، أو دنانير : محمودية أو هروية أو مروية .

وهذا إذا كان فى البلد نقود مختلفة . فأما إذا كان فى البلد نقد واحد ، فذكر الجنس كاف ، وينصرف إليه لتعينه عرفا .

والثالث ــ بيان الصفة : أنه جيد ، أو ردىء ، أو وسط .

والرابع ــ إعلام قدر رأس المال ــ <فهو> شرط جواز السلم **فيما يتعلق العقد فيه بالقدر** ، كالمكيل والموزون والعددى المتقارب .

وهذا قول أبى حنيفة ، وهو قول سفيان الثورى وأحد قولى الشافعى .

وقال أبو يوسف ومحمد : ليس بشرط ــ وهو أحد قولى الشافعى .

وصورة المسألة : إذا قال رب السلم : « أسلمت إليك هذه الدراهم » وأشار اليها . أو « هذه الدنانير » وأشار اليها ، ولم يعرف وزنها .

وكذا إذا قال « أسلمت هذه الحنطة فى كذا[٣] » ولم يعرف مقدار كيل رأس المال .

وعلى هذا الخلاف :

إذا قال : أسلمت إليك عشرة دراهم فى كر حنطة وكر شعير[٤] ،

---

(١) كذا فى ب و حـ . وفى الأصل : « غطرفية » ــ وهى من أعز النقود ببخارى ، وهى منسوبة للغطريف بن عطاء الكندى أمير خراسان أيام الرشيد (المغرب) ــ وقد تقدمت فى الزكاة .

(٢) فى ب كذا : « عدنية » .

(٣) « فى كذا » من ب و حـ .

(٤) « وكر شعير » ليست فى حـ .

ولم يبين[١] حصة كل واحد منهما من العشرة .

وكذلك إذا أسلم عشرة دراهم فى ثوبين مختلفين فى القيمة[٢] .

هذا إذا أسلم فيما يتعلق العقد فيه[٣] بالقدر .

فأما إذا أسلم **فيما**[٤] **لا يتعلق العقد فيه بالقدر** ، كالذرعيات والعدديات المتفاوتة[٥] : فإنه لا يشترط بيان الذرع فى الذرعيات ، ولا بيان القيمة فيها ، ويكتفى بالإشارة والتعيين فى قولهم جميعا[٦] .

وأجمعوا فى بيع العين أن إعلام قدر الثمن ليس بشرط إذا كان مشارا إليه ، ودلائل المسألة تعرف فى المبسوط إن شاء الله .

والخامس — كون الدراهم والدنانير منتقدة[٧] ، <فهو> شرط الجواز عند أبى حنيفة أيضا مع إعلام القدر[٨] .

وعندهما ليس بشرط .

والسادس — تعجيل رأس المال وقبضه قبل افتراق العاقدين بأنفسهما ، <فهو> شرط الجواز عند عامة العلماء ، سواء كان رأس المال عينا أو دينا .

---

(١) فى ب : « ولم يبين » .

(٢) « فى القيمة » من ب .

(٣) « فيه » من ب و حـ .

(٤) « فيما » من ب و حـ . وفى الأصل : « ما » .

(٥) كذا فى ب . وفى الأصل و حـ : « المتقاربة » . انظر الكاسانى ، ٥ : ٢٠١ : ٦ من أسفل .

(٦) « جميعا » من ب و حـ .

(٧) فى حـ : « متقدرة » . وفى ب : « متقدة » . وانتقد الدراهم : نظرها ليعرف جيدها وزيفها (المصباح) .

(٨) زاد فى ب : « عندها » .

وقال مالك : إن كان رأس المال عينا لا يشترط تعجيله ، وإن كان دينا يشترط في قول ـ وفي قول قال : يجوز[١] التأخير يوما أو يومين .

وأجمعوا أن في الصرف يشترط قبض البدلين قبل الافتراق بأبدانهما، سواء كان عينا كالتبر والمصوغ ، أو دينا كالدراهم والدنانير .

وأما الشرائط التي في المسلم فيه فهي أحد عشر :

أحدها ـ بيان جنس المسلم فيه : حنطة أو شعير أو نحوهما[٢] .

والثاني ـ بيان نوعه : حنطة سقية[٣] أو بخسية[٤] . سهلية أو جبلية .

والثالث ـ بيان الصفة : حنطة جيدة أو رديئة أو وسط .

والرابع ـ إعلام قدر المسلم فيه ، أنه كر أو قفيز ، بكيل معروف عند الناس ـ لأن ترك بيان هذه الأشياء يوجب جهالة مفضية إلى المنازعة، وهي مفسدة ، بالإجماع .

والخامس ـ أن لا يشمل البدلين[٥] أحد وصفي علة ربا الفضل، وهو القدر المتفق، أو[٦] الجنس ، لأنه يتضمن ربا النساء ، والعقد الذي فيه ربا : فاسد .

---

(١) في حـ : « وفي قول : لا يجوز » .

(٢) كذا في ب و حـ . وفي الأصل : « نحوها » .

(٣) هكذا في حـ . وفي الأصل : « نقية » . وفي ب : « نسقية » ـ انظر الهامش التالي .

(٤) السقية ما يسقى سيحا ، والبخسية ما يسقى بالمطر وقد نسبت إلى البخس لأنها مبخوسة الحظ من الماء بالنسبة إلى السيح غالبا (ابن الهمام ، فتح القدير ، ٥ : ٣٢٨ ـ والبابرتي ، العناية ، نفس الصفحة) .

(٥) في ب : « لا يشتمل البدلين على » .

(٦) في حـ : « و » .

والسادس — أن يكون المسلم فيه مما يتعين بالتعيين ، حتى لا يجوز السلم فى الدراهم والدنانير .

وأما فى **التبر** هل يجوز السلم فيه؟ على قياس رواية كتاب[١] الصرف: لا يجوز ، لأنه ألحقه بالمضروب؛ وعلى قياس رواية كتاب الشركة: جاز، لأنه ألحقه بالعروض — وهو رواية عن أبى يوسف أيضا : أنه[٢] كالعروض.

وأما السلم **فى الفلوس** : <فقد> ذكر فى « الأصل » وقال : إنه يجوز ، ولم يذكر الاختلاف — ويجب أن يكون ذلك على قول أبى حنيفة وأبى يوسف ، لأن عندهما ليس بثمن مطلق ، بل يحتمل التعيين ، فى الجملة .

وعلى قول محمد: لا يجوز ، لأنه ثمن مطلق ، على ما عرف فى بيع الفلس بالفلسين بأعيانهما .

والسابع — الأجل فى المسلم فيه شرط الجواز — وهذا عندنا .

وقال الشافعى : ليس بشرط .

ولقب المسألة أن السلم[٣] الحال لا يجوز ، عندنا — وعنده : يجوز .

ثم لا رواية عن أصحابنا ، فى المبسوط ، فى مقدار الأجل . واختلفت الروايات عنهم ، والأصح ما روى عن محمد[٤] أنه مقدر بالشهر ، لأنه أدنى الآجل وأقصى العاجل .

---

(١) « كتاب » من ب و حـ .

(٢) كذا فى ب و حـ . وفى الأصل : « عن أبى يوسف كالعروض » .

(٣) كذا فى ب و حـ . وفى الأصل : « سلم » .

(٤) فى ب : « ما روى محمد » .

والثامن ـ أن يكون جنس المسلم فيه موجودا من وقت العقد إلى وقت محل الأجل ، ولا يتوهم انقطاعه عن أيدى الناس ، كالحبوب .

فأما إذا كان منقطعاوقت العقد، أو وقت حلول الأجل،أو فيما بين ذلك ـ فإنه لا يجوز، عندنا .

وقال الشافعي: إن كان موجوداً وقت محل الأجل: يجوز،وإن كان منقطعا في غيره من الأحوال .

ولقب المسألة أن السلم في المنقطع: هل يجوز أم لا؟وهي مسألةمعروفة.

وكذلك المسلم فيه إذا كان منسوبا إلى موضع معلوم يحتمل انقطاعه عليه بالآفة(١)، كحنطة قرية كذا أو أرض كذا . لا يجوز ، لأنه يحتمل الانقطاع بالآفة(٢) .

وذكر في الأصل : إذا أسلم في(٣) حنطة هراة : لايجوز(٤) .

وقاس عليه(٥) بعض مشايخنا أنه لو أسلم في حنطة سمرقند أو بخارى: لا يجوز ، وإنما يجوز إذا ذكر(٦) الولاية نحو خراسان وفرغانة .

والصحيح أن في حنطة البلدة الكبيرة يجوز،لأنها لاتحتمل الانقطاع

---

(١) « يحتمل انقطاعه عليه بالآفة » ليست موجودة في ب . ولعل المعنى : يحتمل انقطاعه فيه أي في الموضع المعلوم ـ راجع الكاساني . ٥ : ٢١١ : ١٠ من أسفل .

(٢) « لأنه يحتمل الانقطاع بالآفة » ليست في حـ .

(٣) في ب :« في كر من حنطة » .

(٤) « وذكر ... لا يجوز » ليست في حـ .

(٥) « عليه » من ب و حـ .

(٦) في ب :« لايجوز ما لم يذكر الولاية».

غالبا [١]. وماذكره محمد فى الأصل [٢] من حنطة [٣] هراة أراد به اسم [٤] قرية من قرى عراق [٥] دون البلدة المعروفة التى تسمى هراة .

والتاسع — أن يكون العقد باتا ، ليس فيه خيار الشرط ، لهما أو لأحدهما ،حتى لو أسلم عشرة دراهم فى كر حنطة على أنه بالخيار ثلاثة أيام ،وقبض المسلم إليه رأس [٦] المال،وتفرقا بأبدانهما ، يبطل عقدالسلم، لأن البيع بشرط الخيار [٧] ثبت،بخلاف القياس،لحاجة الناس،فلا [٨] حاجة إليه فى السلم .

ولو أبطلا [٩] الخيار قبل التفرق ،ورأس المال [١٠] قائم فى يد المسلم إليه ،ينقلب جائزا عندنا ، خلافا لزفر . ولوكان رأس المال هالكا لا ينقلب إلى الجواز ،بالإجماع .

وخيار الرؤيه فى رأس المال،وخيار العيب ، لا يفسد [١١] السلم،لأنه لايمنع ثبوت الملك .

والعاشر — بيان مكان الإيفاء فيما له حمل ومئونة ، كالحنطة والشعير

---

(١) « غالبا » من حـ .
(٢) « فى الأصل » من ب و حـ .
(٣) « حنطة » من ب و حـ .
(٤) « اسم » ليست فى حـ .
(٥) فى ب : « قرات » . وفى حـ : « الفرات » .
(٦) « رأس » ساقطة من حـ .
(٧) فى ب : « لأن اشتراط الخيار فى البيع » .
(٨) فى ب و حـ : « ولا » .
(٩) فى حـ : « أبطل » .
(١٠) فى ب : «فرأس المال» .
(١١) « يفسد » ليست فى حـ .

وغيرهما ، < فإنه > شرط لجواز السلم ، حتى لو ترك لم يجز السلم فى قول أبى حنيفة الآخر [١] .

وكذا الخلاف فى الإجارة : إذا آجر داره سنة ، بأجر له حمل ومئونة ، ولم يعين مكانا للإيفاء ، لم تجز الإجارة ، فى قوله الآخر [٢] .

وعلى قولهما : جاز .

وحاصل الخلاف راجع إلى أن مكان العقد : هل يتعين مكانا للإيفاء فيما له حمل ومئونة ؟ مع اتفاقهم على أن مكان الإيفاء إذا كان مجهولا لا يجوز السلم ، لأنه جهالة مفضية إلى المنازعة .

وإذا لم يتعين مكان العقد مكانا للإيفاء ، عند أبى حنيفة ، ولم يعينا مكانا آخر للإيفاء [٣] . صار مكان الإيفاء مجهولا ، فيفسد السلم .

وعندهما : يتعين مكان العقد مكانا للإيفاء ، فلا يؤدى إلى الجهالة ، فيصح السلم .

و [٤] فى الإجارة : عندهما يتعين ، بتعين مكان إيفاء المعقود عليه ، مكان إيفاء الأجرة : فإن [٥] كان المستأجر دارا أو أرضا : فتسلم عند الدار

(١) فى ب : « الأخير » .

(٢) فى ب : « فى قول أبى حنيفة الأخير » — وفى ب هنا تكرار .

(٣) « عند أبى حنيفة ... للإيفاء » ليست فى ب .

(٤) الواو ليست فى حـ .

(٥) فى ب : « يتعين مكان إيفاء المعقود عليه مكانا لا لإيفاء الإجارة إن » . وفى حـ : « فى الاجارة عندهما يتعين مكان إيفاء المعقود عليه مكانا لإيفاء الاجارة إن » .

والأرض ، وإن كانت دابة: فعند المرحلة ، وإن كان ثوبا دفع إلى قصار ونحوه: يدفعه<ـا> فى الموضع الذى يسلم فيه الثوب [١] إليه .

وإنما يتعين مكان العقد مكان التسليم عندهما[٢] إذا أمكن التسليم فى مكان العقد . فأما إذا لم يمكن ، بأن كان فى البحر أو على رأس الجبل ، فإنه لا يتعين مكان العقد للتسليم، ولكن يسلم فى أقرب الأماكن، الذى يمكن التسليم فيه، من[٣] مكان العقد .

فأما المسلم فيه إذا كان شيئا ليس[٤] له حمل ومئونة، كالمسك والكافور والجواهر واللآلىء[٥] ونحوها ، فعن أصحابنا روايتان :

فى رواية : يتعين مكان العقد .

وفى رواية : يسلم حيثما لقيه ، ولا[٦] يتعين مكان العقد .

ولو شرطا[٧] مكانا آخر للإيفاء سوى مكان العقد : < ف > إن كان فيما له حمل ومئونة : يتعين .

وإن كان فيما ليس له حمل ومئونة < ف > فيه روايتان : فى رواية: لا يتعين، وله أن يوفيه فى أى مكان شاء . وفى رواية: يتعين — وهو الأصح.

والحادى عشر — أن يكون المسلم فيه مما يضبط بالوصف ، وهو أن

---

(١) « الثوب » من ب و حـ .

(٢) « عندهما » من ب و حـ .

(٣) « من » من ب و حـ .

(٤) « ليس » ليست فى ب .

(٥) « والجواهر واللآلىء » ليست فى ب .

(٦) فى حـ : « فلا » .

(٧) فى حـ : « شرط » .

يكون من الأجناس الأربعة : المكيل ، والموزون ، والذرعى ، والعددى[١] المتقارب .

فأما إذا كان مما لا يضبط بالوصف ، كالعدديات المتفاوتة والذرعيات المتفاوتة[٢] ، مثل الدور والعقار والجواهر[٣] واللآلىء والأدم[٤] والجلود والخشب والروس والأكارع[٥] والرمان والسفرجل والبطاطيخ ونحوها — لا يجوز ، لأن المسلم فيه ما[٦] يثبت دينا فى الذمة . وسوى هذه الأجناس الأربعة لا يثبت[٧] دينا فى الذمة ، فى عقود المعاوضات ؛ إلا إذا كان شيئا من جنس الجلود والأدم والخشب والجذوع إذا بين شيئاً[٨] معلوما من هذه الأشياء[٩] ، و[١٠] طولا معلوما ، وغلظا[١١] معلوما ، وأن تجتمع[١٢] فيه شرائط السلم والتحق بالمتقارب ، يجوز .

---

(١) فى حـ : « والذرع والعدد » .

(٢) « المتفاوتة » ليست فى حـ .

(٣) « والجواهر » ليست فى حـ .

(٤) جمع أديم وهو الجلد المدبوغ (المصباح) .

(٥) جمع كراع وهو ما دون الركبة فى الدواب (ابن الهمام فتح القدير ، ٥ : ٣٣٠)

(٦) « ما » من ب و حـ . وفى الأصل : « لا » .

(٧) فى ب : « ما يثبت » .

(٨) فى ب : « ضربا » .

(٩) « من هذه الأشياء » ليست فى ب و حـ .

(١٠) الواو من ب و حـ .

(١١) فى ب : « وعرضا » .

(١٢) كذا فى حـ . وفى الأصل : « يجمع » . وفى ب : « وأتى بجميع شرائط السلم » .

وكذلك السلم فى الجوالق والمسوح [١] والفرش [٢] .

وأما السلم فى الحيوان : < فجائز > [٣] عند الشافعى إذا بين جنسه، ونوعه، وسنه، وصفته، وأنه فى تجارى [٤] فلان أو إبل فلان أو غنم فلان [٥] .

وعندنا : لا يجوز كيفما كان .

ويجوز السلم فى الاليات والشحوم ،وزنا . بلا خلاف .

وأما السلم فى اللحم مع العظم الذى فيه : < ف > لا يجوز ، عند أبى حنيفة أصلا .

وقال أبو يوسف ومحمد والشافعى [٦] : يجوز إذا بين جنس اللحم بأن قال : لحم شاة أو بقر . وبين السن بأن قال : لحم شاة ثنى أو جذعة ،وبين النوع بأن قال لحم شاة ذكر أو أنثى . خصى أو فحل ، معلوفة أو سائمة ، وبين صفة اللحم بأن قال: سمين أو مهزول أو وسط ، وبين الموضع بأن قال: من الكتف أو من الجنب ، وبين المقدار بأن قال : عشرة أمناء .

---

(١) جمع مِسْح وهو لباس الرهبان .

(٢) فى ب و ح : « فى الجوالق والمساتق والفرائر » . والمساتق جمع مستقة وهى فرو طويل الكمين أو هى الجبة الواسعة (المغرب) .

(٣) فى الأصل : « جاز » وفى ب و ح : « جائز » .

(٤) كذا فى ب . وفى الأصل و ح : « نجار » . والتجارى الابل المصابة بالنجر وهو العطش الشديد يصيب الابل وغيرها فتشرب فلا تكاد تروى (اللسان) .

(٥) قال الغزالى : « ويجوز السلم فى الحيوان ، للأخبار والآثار فيه ـ فيتعرض للنوع واللون والذكورة والأنوثة والسن فيقول : عبد تركى أسمر ابن سبع طويل أو قصير أو ربع ... ويقول فى البعير : ثنى أحمر من نعم بنى فلان غير مودون أى غير ناقص الخلقة . ويتعرض فى الخيل للون والسن والنوع ولا يجب التعرض للشيات كالأغر والمحجل : وهو الذى أحد خديه أبيض » (الوجيز ١ : ١٥٦) . راجع أيضا : البابرتى ، العناية ٥ : ٣٣٧ ـ ٣٣٨ وكذا ابن الهمام ، فتح القدير ، نفس الموضع .

(٦) هكذا فى ب و ح . وفى الأصل : « وعندهم » .

وأما منزوع العظم : <فقد> اختلف المشايخ على قول أبي حنيفة :

ذكر الكرخي وقال : يجوز .

وذكر الجصاص وقال : لا يجوز، لاختلاف السمن والهزال .

وأما السلم في السمك فقد اضطربت عبارة الروايات ، عن أصحابنا[١] ، في الأصل والنوادر .

والصحيح من المذهب أن السلم يجوز في السمك الصغار ، كيلا أو[٢] وزنا ، ويستوي فيه المالح والطري في حينه . وأما الكبار ففيه روايتان :

عن أبي حنيفة في ظاهر الرواية . يجوز ، كيفما كان ، وزنا .

وفي رواية أبي يوسف ، في[٣] الأمالي ، عنه ، أنه لا يجوز .

وعلى قول أبي يوسف ومحمد : يجوز[٤] ، في ظاهر الرواية ، كما في اللحم . وفي رواية أخرى عنهما : لا يجوز ، بخلاف اللحم .

وأما السلم في الثياب : < ف > إذا بين جنسه ، ونوعه ، وصفته ، ورقعته ، وذرعه[٥] : يجوز ، استحسانا . والقياس أن لا يجوز .

وهل يشترط بيان الوزن في الثوب الحرير ؟ اختلف المشايخ فيه :

---

(١) « عن أصحابنا » من ب و حـ .

(٢) في ب : « و » .

(٣) في ب : « إن في الأمالي » .

(٤) « يجوز » من ا و ب و حـ .

(٥) « وذرعه » ليست في حـ .

قال بعضهم : <هو> شرط.

وقال بعضهم: ليس بشرط، لأن الحرير ذرعى، كالكتان والكرباس[١].

وعلى هذا. **السلم فى الأعداد المتقاربة** ـ مثل الجوز والبيض ونحوهما : جائز، كيلا ، ووزنا ، وعددا ،فى قول علمائنا الثلاثة .

وقال زفر : يجوز كيلا ووزنا ،ولا يجوز عددا .

وقال الشافعى : يجوز ، كيلا ووزنا، فى الجوز واللوز،ولا يجوز عددا .

وفى البيض: يجوز كيلا ، ووزنا ،وعددا .

ولو أسلم فى الفلوس عددا ، [٢] يجوز فى ظاهر الرواية . وعن محمد أنه لا يجوز[٣]، لأنها من جملة الأثمان .

ولو أسلم فى التبن [٤] أوقارا[٥]: لا يجوز ،لتفاوت فاحش بين الوقرين، إلا إذا كان فى قبان[٦] معلوم من قبابين الناس لم يختلف :فيجوز .

ولو أسلم فى الخبز هل يجوز؟ لم يذكر محمد فى ظاهر الرواية.وذكر فى نوادر ابن رستم : على قول أبى حنيفة ومحمد: لا يجوز ، وعلى قول أبى يوسف : يجوز إذا شرط ضربا معلوما ، ووزنا معلوما ، وأجلا معلوما .

---

(١) الكرباس هو الثوب الخشن،وهو فارسى معرب ـ والجمع كرابيس (المصباح).والعبارة فى حـ : « قال بعضهم : يشترط . وقال بعضهم : لا يشترط ... »

(٢) زاد هنا فى ب :« عندنا » .

(٣) « لا يجوز » ساقطة من حـ .

(٤) فى ب :« فى التين » .

(٥) الوقر حمل البغل أو الحمار ويستعمل فى البعير (المصباح) .

(٦) تعريب بيان ـ ومنه: اشترى كذا قبانا من صبرة(المغرب).

وأما استقراض الخبز هل يجوز ؟ على قول أبي حنيفة: لا يجوز، لا وزنا ولا عددا، كالسلم.

وأبو يوسف جوز القرض فيه. وزنا، لا عددا، كالسلم.

ومحمد لم يجوز السلم فيه، لا[1] وزنا ولا عددا[2]. وجوز استقراضه عددا، لا وزنا[3]، لحاجة الناس[4]. فكأنه ترك القياس في جواز استقراضه عددا، لعرف الناس، وإن لم يكن من ذوات الأمثال.

• • •

وأما بيان حكم السلم شرعاً

فثبوت الملك، لرب السلم، في[5] المسلم فيه، مؤجلا - بمقابلة ثبوت الملك في رأس المال، المعين[6] أو الموصوف، معجلا، للمسلم إليه، بطريق الرخصة، دفعا لحاجة الناس، بشرائط مخصوصة لم[7] تكن مشروطة في بيع العين[8].

ولا بد أن يختلف البيع والسلم في بعض الأحكام - ونذكر بعض ذلك:

منها - أن الاستبدال برأس مال السلم، قبل القبض، لا يجوز، والاستبدال بالثمن جائز إذا كان دينا، لأن قبض رأس المال شرط وبالاستبدال يفوت القبض حقيقة، وإن وجد من حيث المعنى، كما لا يجوز الاستبدال

---

(١) «لا» من ب.

(٢) راجع في الصفحة السابقة قوله: «لم يذكر محمد في ظاهر الرواية».

(٣) في ح: «عدد ووزنا».

(٤) «لحاجة الناس» من ب.

(٥) في ح: «و» بدلا من: «في».

(٦) في ح: «المعنى».

(٧) في ب: «ولم».

(٨) في ح: «المعين».

يدلى الصرف ،لأن قبضهما شرط حقيقة ـ فأما قبض الثمن فليس [١] بشرط[٢] ، والبدل يقوم مقامه معنى .

وأما الاستبدال بالمسلم فيه: فلا[٣] يجوز، قبل القبض ، كالاستبدال بالمبيع المعين[٤] ، لأن المسلم فيه مبيع وإن كان دينا ، فيكون بيع المبيع المنقول قبل القبض ،وإنه لا يجوز ،بخلاف سائر الديون .

وأما الاستبدال برأس المال[٥] ،بعد الإقالة أو بعد انفساخ السلم ،بأى طريق كان: <ف> لا يجوز في قول علمائنا الثلاثة[٦] استحسانا،والقياس أن يجوز،وهو قول زفر ،سواء كان رأس المال عينا أو دينا .

وأجمعوا على أن الاستبدال ببدلى الصرف ، بعد الإقالة ،قبل القبض : جائز .

وأجمعوا أن قبض رأس المال ،بعد الإقالة،في باب السلم ،في مجلس الإقالة، ليس بشرط ،لصحة الإقالة ـ وفي الصرف شرط لصحة الإقالة .

وأجمعوا على أن السلم إذا كان فاسدا، في الأصل، فلا بأس بالاستبدال فيه ،قبل القبض ، ولا يكون له حكم السلم ، كسائر الديون .

• • •

<u>ومنها</u> ـ أن رب السلم لو أخذ بعض رأس المال وبعض المسلم فيه، بعد

---

(١) الفاء من ب .
(٢) في ب : « ليس بشرط وإنما الشرط | الشرط | سلامة الثمن » .
(٣) الفاء من ب .
(٤) هكذا في ب و حـ . وفي الأصل : « العين » .
(٥) في ب : « برأس مال السلم » .
(٦) « الثلاثة » من ب .

محل الأجل أو قبله ، برضا صاحبه ، فإنه يجوز ، ويكون إقالة للسلم[١] فيما أخذ من رأس المال، ويبقى السلم فى الباقى — وهو قول عامة العلماء .

وقال مالك وابن أبى ليلى : ليس له ذلك : < فهو > إما أن يأخذ جميع رأس المال، أو[٢] يأخذ جميع المسلم فيه .

وفى بيع العين: إذا أقال فى البعض دون البعض — جاز ، بالإجماع .

وأجمعوا أنه لو أخذ جميع رأس المال[٣] ، برضا صاحبه ، أو أقال[٤] جميع السلم ، أو تصالحا على رأس المال ، فإنه يكون إقالة صحيحة ، وينفسخ السلم .

ولو أخذ بعض رأس المال ، قبل محل الأجل ، ليعجل باقى السلم ، فإنه لا يجوز — كذا ذكر فى الكتاب — و[٥] معناه أنه لا يجوز هذا الشرط ، وتصح الإقالة ، لأنه يصير فى معنى الاعتياض عن الأجل ، فيكون شرطا فاسدا ، إلا أن[٦] الإقالة لا تبطل بالشروط الفاسدة — وهذا على قياس قول أبى حنيفة ومحمد .

فأما على قياس قول أبى يوسف : < ف > تبطل الإقالة ، والسلم كله[٧] باق ، إلى أجله ، لأن عنده الإقالة بيع جديد ، والبيع يبطل بالشروط الفاسدة .

• • •

(١) هكذا فى ب ، وفى حـ : « المسلم » ، وفى الأصل : « السلم » .
(٢) فى حـ : « و » .
(٣) فى حـ : « جميع المال » .
(٤) فى ب و حـ : « قال » .
(٥) الواو من ب و حـ .
(٦) فى حـ : « لأن » بدلا من : « إلا أن » .
(٧) فى حـ : « كأنه » .

ومنها ـ أن المسلم إليه إذا أبرأ رب السلم عن رأس المال، لا يصح، بدون قبول رب السلم . وإذا قبل[١] : يصح الإبراء، ويبطل السلم ، لأنه فات قبض رأس المال، لأنه لا يتصور قبضه بعد صحة الإبراء . ولو رده أو لم يقبله ، بقي عقد السلم صحيحا ، وله[٢] أن يسلم رأس المال قبل الافتراق، حتى لا يفسد .

ولو أبرأ عن ثمن المبيع ، صح، من غير قبول ـ إلا أنه يرتد بالرد .

والفرق هو[٣] أن قبض رأس المال، في المجلس، شرط صحة عقد السلم، <ف> لو صح الإبراء ، من غير قبول الآخر، لانفسخ[٤] السلم من غير رضا صاحبه ، وهذا لا يجوز[٥] ـ بخلاف الثمن ، لأن قبضه ليس بشرط .

ولو أبرأ عن المسلم فيه ، جاز ، لأن قبضه ليس بشرط . والإبراء عن دين ، لا يجب قبضه شرعا ، إسقاط[٦] لحقه لا غير ، فيملك ذلك .

ولو أبرأ عن المبيع[٧] ، لا يصح. لأن الإبراء ، عن الأعيان، لا يصح .

. . .

---

(١) زاد هنا في حـ : « في الأصل » .

(٢) في ب : « فإنه » .

(٣) في الأصل : « والفرق وهو أن » . وفي ب و حـ : « والفرق أن » .

(٤) في حـ : « لا ينفسخ » . وفي ب : « يفسد » .

(٥) كذا في ب و حـ . وفي الأصل : « ... لا يجوز وكذلك إذا قبل لأنه لو صح لبطل السلم ، لأن قبض رأس المال شرط صحته حقا للشرع بخلاف ... » والعبارة الزائدة غير مفهومة ولعل الصحيح أن يقال : « لا يجوز وإذا قبل صح وبطل السلم . لأن قبض رأس المال شرط صحته، حقا للشرع، بخلاف ... » راجع الكاساني (٥ : ٢٠٣ : ٧ وما بعده) .

(٦) هكذا في حـ . وفي الأصل و ب : « إسقاطا » .

(٧) في ب : « مبيع العين » .

ومنها - أن الحوالة برأس مال السلم ، والكفالة به ، والرهن به ، وبالمسلم فيه أيضا - جائز ، عندنا .

وعند زفر[١]: يجوز بالمسلم فيه ،ولا يجوز برأس المال .

وعن الحسن البصرى[٢] أنه لا يجوز ذلك كله : لا برأس المال ، ولا بالمسلم فيه .

وعلى هذا الخلاف : الحوالة،والكفالة ،والرهن بأحد بدلى الصرف.

ثم متى جاز ذلك[٣] عندنا ، يجب أن يقبض المسلم إليه رأس المال من المحويل والكفيل أو من رب السلم ،أو يهلك الرهن قبل أن يتفرقا عن المجلس. وقيمة الرهن مثل رأس المال أو أكثر، حتى يحصل الافتراق عن قبض رأس المال ،فيجوز، ولا يبطل العقد .

وأما إذا تفرق رب السلم والمسلم إليه ،قبل القبض، يبطل السلم ، وإن بقى المحويل والكفيل مع رب السلم .

ولو ذهب[٤] المحويل والكفيل ، وبقى المسلم إليه مع رب السلم ، لا يبطل السلم ، والعبرة لبقاء العاقدين وافتراقهما .

وكذلك[٥] فى باب الصرف : العبرة لبقاء العاقدين .

(١) فى حـ :« وعنده » .
(٢) تقدمت ترجمته فى حـ ١ ، ص ١١ ، هامش ٨ .
(٣) « ذلك » ليست فى ب .
(٤) فى ب :« وهب » .
(٥) فى ب :« وكذلك »، وفى حـ : « وكذا ».

وكذلك فى الرهن: إذا لم يهلك حتى تفرقا، يبطل السلم، لانعدام قبض رأس المال .

هذا فى جانب رأس المال .

فأما فى جانب المسلم فيه ، فالمحيل يبرأ[١] بنفس عقد الحوالة ، و < يـ > بقى تسليم المسلم فيه واجبا على المحتال عليه إذا حل الأجل . فإذا حل الأجل يطالب رب السلم المحتال ، عليه ولا سبيل له على المحيل .

وفى الكفالة رب السلم بالخيار : إن شاء طالب الأصيل ، وإن شاء طالب الكفيل ، وله أن يحبس الرهن حتى يأخذ المسلم فيه .

. . . . .

ومنها ـ أن المسلم إليه إذا قال بعد قبض رأس المال إنه زيوف أو نبهرجة[٢] أو مستحق أو ستوقة أو معيب[٣] ، فلا يخلو : إما إن صدقه رب السلم أو كذبه :

أما إذا صدقه ـ فله حق[٤] الرد . ثم[٥] لا يخلو : إما إن كان رأس المال عينا أو دينا :

فإن كان عينا ـ فاستحق فى المجلس أو رد بالعيب[٦] بعد الافتراق ، ولم يجز المستحق ، ولم يرض المسلم إليه بالعيب ـ فإنه[٧] يبطل السلم ، لأن

(١) فى ب : « برىء » وفى حـ : « فالمحيل به يبرأ » .
(٢) « أو نبهرجة » من حـ .
(٣) « أو معيب » ليست فى ب .
(٤) « حق » ليست فى ب . وسنأتى حالة ما إذا كذبه فى ص ٢٨ .
(٥) « ثم » ليست فى حـ .
(٦) فى حـ و ب : « أو بعد » .
(٧) « فإنه » من حـ و ب .

العقد وقع على العين :

فإذا لم يجز[١]: فقد فات البدل[٢]، فصار كما لو هلك المبيع قبل القبض.

ولو أجاز المستحق أو رضي المسلم إليه بالعيب ، جاز . لأنه سلم له البدل من الأصل .

فأما إذا كان رأس المال دينا ـ فقبضه، ثم وجده ستوقة أو رصاصا أو مستحقا أو زيوفا أو نبهرجة ـ فلا يخلو: إما إن وجد ذلك في مجلس السلم أو بعد الافتراق . ولا يخلو إما إن تجوز[٣] بذلك المسلم إليه أو لم يتجوز.

أما إذا وجد ستوقة أو رصاصا في المجلس ، فتجوز به[٤]: فلا يجوز ، لأن هذا ليس من جنس حقه، فيكون استبدالا برأس المال قبل القبض ، فصار[٥] كما لو استبدل ثوبا من رب السلم مكان الدرهم .

فأما إذا رده وقبض شيئاً آخر مكانه[٦]، جاز ، لأنه لما رده و[٧] انتقض قبضه ، جعل كأن لم يكن ، وأخر[٨] القبض إلى آخر المجلس ، فإن ذلك جائز ـ كذلك هذا .

---

(١) « فإذا لم يجز » ليست في ب . والظاهر أن المقصود ليس حالة عدم إجازة المستحق فقط بل أيضاً حالة ما إذا رد المسلم إليه بالعيب ، وإذن فأكمل وأوضح أن يقال : « فإذا لم يجز المستحق أو رد المسلم إليه بالعيب » ـ انظر الكاساني ، ٥ : ٢٠٤ : ٢٤ ـ ٢٦ .

(٢) في حـ : « بدل العين » .

(٣) تجوز في أخذ الدراهم إذا روجها وإن ردها ، وتجويز الصراف الدراهم أن يجعلها جائزة رائجة (المغرب) .

(٤) « به » من ب و حـ .

(٥) « فصار » من ب و حـ .

(٦) « مكانه » ليست في ب .

(٧) الواو من ب و حـ .

(٨) كذا في ب . وفي الأصل : « واجب » . وفي حـ : « فأخر القبض » . انظر الكاساني ، ٥ : ٢٠٤ ـ ٢٠٥ .

وأما إذا وجد ذلك مستحقا ، فإن صحة القبض موقوفة على إجازة المستحق : إن أجاز جاز ، وإن لم يجز بطل .

فأما إذا وجد زيوفا أو نبهرجة: <ف>إن تجوز به<ا>[1] جاز ، لأنها من جنس حقه ، فيصير مستوفيا مع النقصان .

وإن رده واستبدل مكانه[2] فى مجلس العقد ، جاز[3] ، لأنه وجد مثله فى المجلس ، فكان[4] القبض متأخرا .

هذا الذى ذكرنا إذا كان ذلك فى مجلس السلم ـ فأما إذا كان بعد تفرقهما[5]:

فإن وجد شيئاً من رأس المال ستوقة أو رصاصا ، بطل السلم بقدره ، قل أو كثر ، كيفما كان ، لأنها ليست من جنس حق المسلم إليه ، فظهر أن الافتراق حصل من غير قبض رأس المال ، بقدر الستوقة . فيبطل بقدره ولا[6] يعود جائزا بالقبض بعد المجلس ، كما لو لم يقبض أصلا ثم قبض بعد الافتراق .

وإن وجد ذلك مستحقا : إن أجاز المستحق ، جاز ، لأن القبض موقوف على إجازته ، إذا كان رأس المال قائما ـ نص على ذلك فى الجامع الكبير . وإن رد ، بطل السلم بقدره ، لما ذكرنا أن القبض موقوف .

---

(١) فى الأصل : « تجوزت به » . وفى حـ : « تجوز به » . وفى ب : « نروج به » .

(٢) زاد هنا فى ب : « من جنسه » .

(٣) « جاز » من ب و حـ . وفى الأصل كلمة غير واضحة ولعلها : « فيجوز » .

(٤) الفاء من حـ . وفى ب : « كان القبض صار متأخرا » .

(٥) فى الأصل : « تفريقهما » . وفى ب : « فأما إذا تفرقا » . وفى حـ : « وأما إذا افترقا » .

(٦) فى ب : « فلا » .

وأما إذا وجد ذلك زيوفا أو نبهرجة : إن تجوز به جاز ، وإن لم يتجوز به ورده[١] : أجمعوا على أنه إن لم يستبدل فى مجلس الرد . بطل السلم بقدر ما رد. فأما إذا استبدل مكانه جيادا فى مجلس الرد : <ف> القياس أن يبطل السلم بقدره . قل المردود أو كثر - وبه أخذ زفر .

وفى الاستحسان: لا[٢] يبطل. قل أو كثر - وهو قول أبى يوسف ومحمد.

وأبو حنيفة أخذ فى الكثير[٣] بالقياس ، وفى القليل بالاستحسان .

وكذلك على هذا الخلاف : أحد المتصارفين إذا وجد شيئا مما قبض زيوفا ورده بعد المجلس .

ثم اتفقت الروايات عن أبى حنيفة أن ما زاد على النصف كثير ، وما دونه فهو قليل .

وأما فى النصف فذكر فى « الأصل » وجعله فى حكم القليل فى موضع ، وحكم الكثير فى موضع .

وروى فى النوادر أنه[٤] قدره بالثلث فصاعدا - و[٥] هو الأصح.

هذا الذى ذكرنا حكم رأس المال - فأما حكم المسلم فيه : إذا وجد رب السلم بالمسلم فيه عيبا ، بعدما قبضه - فإن له خيار العيب :

---

(١) الماء من ب و حـ .

(٢) هكذا فى ب و حـ . وفى الأصل : « أن لا يبطل » .

(٣) « فى الكثير » ليست فى حـ .

(٤) « أنه » من ب و حـ .

(٥) فى حـ : « أو » .

إن شاء تجوز به ، وإن شاء رده ، ويأخذ منه السلم[١] غير معيب ، لأن حقه في السليم دون المعيب .

إلا أن خيار الشرط والرؤية لا يثبت في السلم ، على ما ذكرنا في جانب رأس المال .

. . .

هذا إذا صدقه رب السلم[٢] — فأما إذا كذبه وأنكر أن تكون الدراهم التي جاء بها من دراهمه التي أعطاها ، وادعى المسلم إليه أنها من دراهمه — فهذا لا يخلو[٣] من ستة أوجه :

إما إن كان المسلم إليه أقر ذلك ، قبل ذلك[٤] ، فقال[٥] « قبضت الجياد » أو « قبضتُ حقي » أو « قبضتُ رأس المال » أو « استوفيت الدراهم » أو « قبضت الدراهم » أو قال « قبضت » ولم يقل شيئا آخر .

ففي الفصول[٦] الأربعة < الأولى > : لا تسمع دعواه ، بعد ذلك ، أني وجدته زيوفا ، ولم يكن له حق استحلاف رب السلم بالله إنها[٧] ليست من

---

(١) في ب : « منه سلما » .

(٢) في ب و حـ : « على ما ذكرنا — ثم ما ذكرنا في جانب رأس المال إذا صدقه رب السلم » . انظر فيما تقدم حالة ما إذا صدقه ص ٢٤ .

(٣) في حـ : « من دراهمه فالقول قول المسلم إليه لأن رب السلم يدعي أنها حقه وهو الجياد والمسلم إليه ينكر فيكون القول قوله ولكن فحلف رب السلم بالله أنها ليست من دراهمك إلا إذا قام رب السلم البينة على إقرار المسلم إليه غائبا قضت دعواه فيبطل قوله ولم يكن حق الحلف فهذا لا يخلو . . » .

(٤) في ب و حـ : « أقر قبل ذلك » .

(٥) في ب : « بأن قال » .

(٦) هكذا في ب و حـ . وفي الأصل : « ففي هذه الفصول » .

(٧) « أنها » من ب و حـ .

دراهمك التي قبضتها منك[١]، لأنه، بإقراره بقبض الجياد، يصير مناقضا في دعواه، لأنه أقر بقبض الجياد، ثم قال «لم أقبض الجياد بل هي زيوف»، والمناقضة[٢] تمنع صحة الدعوى، والحلف بناء على الدعوى الصحيحة.

وأما إذا قال المسلم إليه «قبضت الدراهم» ثم قال «هي زيوف»: <ف>القياس أن يكون القول قول رب السلم: أنها ليست من دراهمه مع يمينه على ذلك[٣] وعلى المسلم إليه البينة أنها من الدراهم التي قبضها منه، لأن المسلم إليه يدعي أنها مقبوضة مع العيب، ورب السلم ينكر أنها مقبوضة، <أو أنها> التي قبضها[٤] منه، ويكون القول قول المنكر مع يمينه.

وفي الاستحسان: القول[٥] قول المسلم إليه مع يمينه، وعلى رب السلم البينة أنه أعطاه الجياد، لأن رب السلم بإنكاره أنها ليست من دراهمه يدعي[٦] إيفاء حقه، وهو الجياد، والمسلم إليه بدعواه أن هذه الدراهم[٧]

---

(١) «منك» ليست في ب و حـ.

(٢) العبارة في ب كما يأتي: «لأنه أقر بقبض الجياد ثم قال لم أقبض الجياد بل هي زيوف، لأنه بإقراره بقبض الجياد يصير مناقضا لدعواه والمناقضة ...» وفي حـ كما يأتي: «... من دراهمك التي قبضتها لأنه أقر بقبض الجياد <ف>يصير مناقضا في دعواه لأنه أقر بقبض الجياد ثم قال لم أقبض الجياد بل هي زيوف، والمناقضة ...».

(٣) «على ذلك» ليست في ب.

(٤) كذا في ب و حـ. وفي الأصل: «قبضتها».

(٥) «قول المنكر مع يمينه وفي الاستحسان القول» ساقطة من حـ.

(٦) في حـ: «ويدعي».

(٧) هكذا في ب و حـ. وفي الأصل: «هذا الدرهم».

«قبضتهامنك وأنها زيوف»، ينكر[1] قبض حقه ، فيكون القول قوله مع يمينه أنه لم يقبض حقه . وعلى المدعى البينة أنه أوفاه حقه .

وهذا هو القياس فى[2] الفصول الأخر[3] إلا أن ثمة سَبَقَ منه[4] ما يناقض دعواه، وهو الإقرار بالجياد ،وههنا لم يسبق،لأن ذكر قبض[5] الدراهم يقع على الزيوف والجياد جميعا، بخلاف الفصول الأول .

وأما إذا قال « قبضت » لا غير ،ثم قال « وجدته زيوفا » يكون القول قوله، كما[6] قلنا فى الفصل الأول. إلا أن ههنا إذا قال « وجدته ستوقة أو رصاصا » فإنه يصدق . بخلاف ما إذا قال « قبضت الدراهم » ثم قال « وجدتها ستوقة أو رصاصا » فإنه لا يقبل قوله ، لأن فى قوله «قبضت» إقرارا[7] بمطلق القبض. والستوقة تقبض[8] ،فبقوله[9] «ماقبضته ستوقة » لا يكون مناقضا ، وفى قوله « قبضت الدراهم » يصير مناقضا لقوله « قبضت الستوقة والرصاص » لأنه خلاف جنس الدراهم[10] .

---

(١) فى حـ : « منكر » . وفى ب : « فينكر ».

(٢) فى ب و حـ : « وهكذا فى » .

(٣) فى حـ : « فى الفصل الآخر » . أى الفصول الأربعة الأولى .

(٤) « منه » ليست فى ب .

(٥) فى ب و حـ : « لأن قوله : قبضت » .

(٦) فى ب و حـ : « لما » .

(٧) فى حـ : « أقر » .

(٨) فى ب : « بقبضه » .

(٩) « فبقوله » من ب و حـ . وفى الأصل : « فيقول » .

(١٠) زاد فى ب : « والله أعلم بالصواب » .

باب

الربا

الربا[1] نوعان : ربا الفضل وربا النَّساء

فالأول ـ هو فضل عين مال على المعيار الشرعى، وهو الكيل والوزن، عند اتحاد الجنس .

والثانى ـ هو فضل الحلول على الأجل ، وفضل العين[2] على الدين، فى المكيلين والموزونين عند اختلاف الجنس، أو فى غير المكيلين وغير الموزونين < عند اتحاد الجنس >[3] .

وعلة ربا الفضل هى القدر المتفق ، مع الجنس ـ أعنى الكيل فى المكيلات ، والوزن فى الأثمان والمثمنات .

وعلة ربا النساء هى وجود أحد وصفى علة ربا الفضل، وهى الكيل فى المكيلات[4] أو الوزن المتفق ،أعنى أن يكونا ثمنين أو مثمنين، لأن

---

(١) من رَبَا المال أى زاد وينسب إلى الربا فيقال رِبَوى بكسر الراء والفتح خطأ فيقال الأشياء الرِّبَوية (المغرب) ـ والربا « فى الاصطلاح هو الفضل الخالى عن العوض المشروط فى البيع » (البابرتى ، العناية ، ٥ : ٢٧٤) .

(٢) « العين » ساقطة من حـ .

(٣) فى ب : « فى الجنس غير المكيلين أو الموزونين » . وفى الأصل و حـ : « فى الجنسين غير المكيلين وغير الموزونين » . وفى الكاسانى (٥ : ١٨٣ : ١٨) : « أو فى غير المكيلين أو الموزونين عند اتحاد الجنس » .

(٤) فى ب : « فى المكيلات والوزن فى الأثمان أو الوزن . . . » .

وزن الثمن يخالف وزن المثمن [١] .

• • •

وهذا عندنا — **وعند الشافعي** : ربا الفضل هو الفضل المطلق من حيث الذات · أو [٢] حرمة بيع [٣] المطعوم بجنسه . ثم التساوى ، فى المعيار الشرعى مع اليد ، مخلص عن هذه الحرمة ، بطريق الرخصة .

وربا النساء هو فضل الحُلول [٤] فى المطعومات والأثمان .

وعلة ربا الفضل هى الطعم فى المطعومات ، والثمنية فى الأثمان المطلقة ، وهى الذهب والفضة [٥] . والجنس شرط .

وعلة ربا النساء هى علة ربا الفضل ، دون الجنس ، وهى الطعم أو الثمنية .

ودلائل هذه الجملة تعرف فى الخلافيات .

• • •

وفائدة الخلاف فى ربا الفضل تظهر فى فصلين :

أحدهما — فى بيع مطعوم بجنسه غير مقدر ، كبيع الحفنة بالحفنتين

---

(١) فى الكاسانى (٥ : ١٨٣ : ٢٥) : «قال أصحابنا : علة ربا الفضل فى الأشياء الأربعة المنصوص عليها [وهى الحنطة والشعير والتمر والملح] الكيل مع الجنس ، وفى الذهب والفضة الوزن مع الجنس ، فلا تتحقق العلة إلا باجتماع الوصفين ، وهما القدر والجنس — وعلة ربا النساء هى أحد وصفى علة ربا الفضل : إما الكيل أو الوزن المتفق أو الجنس » .

(٢) فى حـ : « و » .

(٣) « بيع » من ب و حـ .

(٤) « فضل الحلول » من ب و حـ . وكذا فى الكاسانى (٥ : ١٨٣ : ١٨ — ١٩) . وفى الأصل : « فضل الخلو » .

(٥) « والفضة » ساقطة من حـ .

والسفرجلة بالسفرجلتين، والبطيخة بالبطيختين [١]، ونحوها [٢] - يجوز عندنا لعدم القدر، ولا يجوز عنده لوجود العلة وهي الطعم.

والثاني - في بيع مقدر بمقدر غير مطعوم، كبيع قفيز جص بقفيزي جص، [٣] أو مَنٍّ [٤] من حديد بمنوي حديد، ونحوهما [٥]، لا يجوز عندنا في الجص، لوجود علة ربا الفضل، وهي [٦] الكيل والجنس. وعنده يجوز [٧]، لعدم العلة وهي الطعم. وفي الحديد لا يجوز عندنا لوجود الوزن والجنس، وعنده يجوز لعدم الثمنية والطعم.

وأجمعوا أنه لو باع قفيز أرز بقفيزي أرز [٨]، لا يجوز، لوجود الكيل والجنس عندنا، ولوجود الجنس والطعم عنده.

وأجمعوا أنه إذا باع مَنّاً زعفران بمنوي زعفران، أو مَنّاً سكر بمنوي سكر، لا يجوز، لوجود الوزن والجنس عندنا، ولوجود الطعم والجنس عنده.

• • •

(١) « والبطيخة بالبطيختين » ليست في ب و حـ .
(٢) في ب و حـ : « ونحوهما » .
(٣) « بقفيزي جص » ساقطة من حـ .
(٤) « المَنَا الذي يكال به السمن وغيره. وقيل : الذي يوزن به رطلان. والتثنية منوان، والجمع أمناء . وفي لغة تميم مَنٌّ بالتشديد والجمع أمنان والتثنية منّان (المصباح) .
(٥) في ب و حـ : « ونحوها » .
(٦) هكذا في ب . وفي الأصل و حـ : « وهو » .
(٧) « يجوز » ساقطة من حـ .
(٨) « بقفيزي أرز » من ب و حـ . وفي الأصل : « بقفيزين » .

وأما فروع ربا النساء وفائدة الخلاف بيننا وبين الشافعى أنه إذا باع قفيز حنطة بقفيزى[1] شعير نسيئة مؤجلة[2]، أو دينا موصوفا فى الذمة غير مؤجل، لا يجوز بالإجماع، لوجود علة ربا النساء، وهى[3] أحد وصفى علة ربا الفضل، وهى[4] الكيل عندنا، والطعم عنده.

وإذا باع قفيز جص بقفيزى نورة[5] مؤجلا، بأن أسلم، أو غير مؤجل، بأن باع دينا فى الذمة، لا يجوز عندنا لوجود الكيل، وعنده يجوز لعدم الطعم.

ولو أسلم مَنَّ حديد فى مَنَّى حديد، لا يجوز عندنا، لوجود[6] الوزن المتفق، لكونهما[7] موزونين[8] - وعنده يجوز، لعدم الطعم والثمنية.

ولو باع مَنَّ سكر بمن زعفران، دينا فى الذمة[9] - لا يجوز، بالإجماع، لوجود أحد وصفى علة ربا الفضل، وهو الوزن المتفق عندنا، لأنهما مثمنان، ولوجود الطعم عنده.

ولو أسلم دراهم فى زعفران أو فى قطن أو حديد، فإنه يجوز

---

(١) فى ب و حـ: «بقفيز».

(٢) فى ب و حـ: «مؤجلا».

(٣) و (٤) هكذا فى ب. وفى الأصل و حـ: «وهو».

(٥) فى حـ: «بقفيزى النورة». وفى ب: «بقفيزى جص أو نورة».

(٦) «الكيل وعنده يجوز لعدم الطعم ... عندنا لوجود» ساقطة من ب.

(٧) فى ب: «لكونها».

(٨) فى ب و حـ: «مثمنين»

(٩) «دينا فى الذمة» ليست فى ب. وفى حـ: «دينا» فقط.

بالإجماع : أما عندنا فلأنه لم يوجد الوزن المتفق ، فإن الدراهم توزن بالمثاقيل ، والقطن والحديد والزعفران يوزن بالقبان .

ولو أسلم نقرة فضة فى نقرة ذهب[١] لا يجوز ، بالإجماع ، لوجود الوزن المتفق عندنا ، فإنهما يوزنان بالمثاقيل ، وعنده لوجود الثمنية .

ولو أسلم الحنطة فى الزيت[٢] . جاز عندنا،لأن[٣] أحدهما مكيل والآخر موزون، فكانا مختلفين[٤] قدرا ،وعلى قوله:لا يجوز،لوجود الطعم.

• • •

فأما تفسير الجنس بانفراده :

إذا أسلم ثوبا هَرَوِيا[٥] فى ثوب هَرَوِىّ ، لا يجوز عندنا ، لأن الجنس أحد وصفى علة ربا الفضل، فيحرم النساء ـ وعند الشافعى يجوز ، لأن الجنس عنده شرط.

ولو أسلم ثوبا هرويا فى ثوب مَرْوِىّ[٦] ـ جاز، بالإجماع، لأنه لم يوجد الجنس ، ولا الوزن[٧] المتفق، ولا الطعم، ولا[٨] الثمنية .

ولو أسلم جوزة فى جوزة[٩] أو سفرجلة فى سفرجلة[١٠]، لا يجوز،

---

(١) فى ب و حـ : « نقرة ذهب فى نقرة فضة » .

(٢) فى ب : « فى الزبيب » .

(٣) فى ب و حـ : « فإن » .

(٤) هكذا فى ب و حـ . وفى الأصل : « مختلفى » .

(٥)و(٦) ثوب هَرَوي بالتحريك ومَرْوِي بالسكون منسوب الى هراة ومرو ـ وهما قريتان معروفتان بخراسان ـ وقيل : على شط الفرات (المغرب) .

(٧) فى ب و حـ : « القدر » .

(٨) « لا » من ب و حـ .

(٩) فى حـ : « فى جوزتين » . (١٠) فى حـ : « فى سفرجلتين » .

بالإجماع ، لوجود الجنس عندنا ، ولوجود الطعم عنده .

ثم فرق بين المكيل والموزون وبين الثوب والثوب [١] من وجه ، وهو أن ربا النساء لا يتحقق فى الثوب إلا بطريق السلم ، لأن الثياب لا تثبت دينا فى الذمة إلا سلما ، فأما فى المكيل والموزون <ف> يتحقق ربا النساء مؤجلا وحالا دينا موصوفا فى الذمة [٢] ـ بيانه :

لو أسلم ثوبا هرويا فى ثوب هروى ، لايجوز ، لأنه مؤجل .

ولو باع ثوبا هرويا بثوب [٣] هروى موصوف فى الذمة، حالا ، لا [٤] يجوز ، لأنه لايجوز أن يكون ثمنا إلا [٥] باعتبار ربا النساء .

ولو باع قفيز حنطة بعينها، [٦] بقفيزى، [٧] شعير موصوف فى الذمة دينا [٨] غير مؤجل، لايجوز ، لأن العين خير من الدين وإن كان حالا [٩] .

---

(١) « والثوب » من ب .

(٢) هنا تكرار فى ب .

(٣) فى حـ : « بثوبين » .

(٤) « لا » ساقطة من حـ .

(٥) كذا فى حـ . وفى الأصل و ب : « لا باعتبار » .

(٦) « بعينها » ليست فى حـ .

(٧) فى ب و حـ : « بقفيز » .

(٨) « دينا » ليست فى حـ .

(٩) أضاف فى ب هنا : « يجوز ـ والله تعالى أعلم » .

باب
الشراء والبيع

يحتاج [1] فى هذا الباب إلى :

بيان ركن البيع والشراء،

وبيان شروطه [2]،

وبيان أقسامه ،

وبيان حكمه شرعا .

أما بيان الركن

فهو الإيجاب من البائع ،والقبول من المشترى : إلا أن ذلك قد [3] يكون بلفظين ، وقد لا يتحقق إلا بثلاثة ألفاظ .

اما ما يتحقق بلفظين : <ف> قد يكون بدون النية ، وقد يكون مع النية .

أما من غير النية ، <ف> بأن يكون اللفظان بصيغة الماضى ، نحو أن يقول البائع « بعت منك هذا العبد بكذا » فقال المشترى « ابتعت »أو « اشتريت » أو ما يؤدى معناه كقوله « أخذت » و « قبلت » و « رضيت » و « فعلت » ونحو ذلك ـ لأن هذا فى عرف أهل اللغة والشرع مستعمل

---

(١) فى الأصل : « قال : يحتاج » .

(٢) كذا فى ب و حـ ، وفى الأصل : « شرطه » : انظر فيما بعد ص ٤٤

(٣) « قد » من ب و حـ .

لايجاب الملك للحال بعوض، وإن كان بصيغة الماضى .

وكذلك إذا بدأ المشترى فقال « اشتريت منك هذا العبد بكذا » فقال البائع « بعته منك » أو « أعطيته » أو « بذلته » أو « رضيت » أو « هولك » .

وأما الذى لا ينعقد بدون النية <ف>أن يخبر عن نفسه فى المستقبل، بلفظة الاستقبال [١] ـ وهو أن يقول البائع « أبيع منك هذا العبد بألف » أو « أبذله » أو « أعطيكه » [٢] . فقال المشترى « أشتريه [٣] بذلك » أو « آخذه » ونويا الايجاب للحال ، أو كان أحدهما بلفظ الماضى والآخر بلفظ المستقبل ، مع نية [٤] الايجاب للحال ، فإنه ينعقد البيع [٥] . لأن صيغة [٦] الاستقبال تحتمل الحال ، فصحت النية [٧] .

وإن كان أحدهما بلفظ الاستفهام، بأن قال « أتبيع [٨] منى هذا الشىء؟»

(١) « بلفظة الاستقبال » من ب .

(٢) « أعطيكه » من ب و حـ . وفى الأصل : « أعطاه » .

(٣) فى ب : « اشتريت » . وفى حـ : « اشتريه » .

(٤) « نية » ليست فى حـ .

(٥) « البيع » من ب و حـ .

(٦) « صيغة » من ب . وفى الأصل و حـ : « صفة » .

(٧) فى الكاسانى (٥ : ١٣٣ : ١٩) : « الإيجاب والقبول قد يكون بصيغة الماضى وقد يكون بصيغة الحال ... وأما صيغة الحال فهى أن يقول البائع للمشترى « أبيع منك هذا الشىء بكذا » ونوى الإيجاب ، فقال المشترى « اشتريت » أو قال المشترى « اشترى منك هذا الشىء بكذا » ونوى الإيجاب ، وقال البائع « أبيعه منك بكذا » وقال المشترى « اشتريت » ونويا الإيجاب - يتم الركن وينعقد، وانما اعتبرنا النية ههنا، ولأن كانت صيغة « أفعَلُ » للحال هو الصحيح، لأنه غلب استعمالها للاستقبال إما حقيقة أو مجازا ، فوقعت الحاجة إلى التعيين بالنية » .

(٨) فى حـ : « ابتع » .

فقال « بعت » ونوى [١] ، لا ينعقد البيع ، لأن [٢] لفظ الاستفهام لا يستعمل للحال إذا أمكن العمل بحقيقة الاستفهام .

فأما إذا كان بلفظين يعبر بهما [٣] عن المستقبل ، إما على سبيل الأمر [٤] ، أو الخبر ، أو بأحدهما ، من غير نية الحال [٥] ، فإنه لا ينعقد البيع عندنا ، وذلك أن يقول البائع « اشتر منى هذا العبد بألف درهم [٦] » فقال المشترى [٧] « اشتريت » ، أو قال المشترى « بع منى هذا العبد » فقال « بعت » ، أو قال البائع « أبيع هذا العبد منك بألف درهم » فقال المشترى « اشتريت » [٨] .

وفى باب النكاح إذا كان أحد اللفظين يعبر به عن الأمر أو الخبر فى المستقبل ، بأن قال « زوجينى نفسك بألف درهم » فقالت « زوجت » [٩] ، أو قال الزوج « أتزوجك على ألف درهم » فقالت « زوجت نفسى منك بذلك » ينعقد النكاح .

وقال الشافعى : البيع والنكاح سواء : ينعقدان بلفظين يعبر بأحدهما

---

(١) فى حـ كذا : « وبدا » .
(٢) فى حـ : « فإن » .
(٣) فى ب : « بأحدها » .
(٤) فى حـ كذا : « الإبراء » .
(٥) « إما على سبيل ... من غير نية الحال » ليست فى ب .
(٦) « درهم » من ب .
(٧) « المشترى » من ب .
(٨) « أو قال المشترى ... اشتريت » ليست فى ب .
(٩) فى ب : « زوجنى فقال الولى زوجت » بدل « زوجينى نفسك ... زوجت » .

عن الماضى[١]، والآخر عن الحال من غير نية .

فأما إذا كان أحد اللفظين بطريق الاستفهام ، فإنه لا ينعقد النكاح، والبيع ، بالإجماع .

والصحيح مذهبنا ، فإن البيع فى العرف غالبا لا يكون بناء على مقدمات، ولفظ[٢] المستقبل للمدة، فى الأصل، ولفظ[٣] الأمر المساومة، فيحمل على حقيقته إلا بدليل ، ولم يوجد ؛ بخلاف النكاح : فإنه بناء على مقدمة الخطبة ، فلا يحمل على المساومة بدلالة العادة .

• • •

وأما اذا وجد ثلاثة ألفاظ : بأن قال المشترى « بع عبدك هذا[٤] منى بألف درهم[٥] » فقال البائع « بعت[٦] » فقال المشترى « اشتريت »، فإنه ينعقد بالإجماع[٧].

• • •

فأما إذا تبايعا[٨] **وهما يمشيان أو يسيران** على دابة واحدة أو دابتين : فإن كان الإيجاب والقبول متصلين وخرج الكلامان من غير فصل بينهما: فإنه يصح البيع ؛ فأما إذا كان بينهما فصل وسكوت ، وإن قل ، فإنه

---

(١) فى ب : « المستقبل » ـ قال الشيرازى (المهذب ١، : ٢٥٥) : « فإن قال المشترى « بعنى » فقال البائع « بعتك » ، انعقد البيع لأن ذلك يتضمن الإيجاب والقبول » .

(٢) و (٣) فى ب : « ولفظة » .

(٤) « هذا » من ب و حـ .

(٥) « درهم » من حـ . و « بألف درهم » ليست فى ب .

(٦) فى ب : « بعت بألف » فالعبارة فى ب : « بع عبدك هذا منى ـ فقال البائع : بعت بألف » .

(٧) فى ب و حـ : « بلا خلاف » .

(٨) « تبايعا » من حـ . وكذا فى الكاسانى (٥ : ١٣٧ : ١٧) . وفى الأصل و ب : « باعا » .

لا يصح ، لأن المجلس يتبدل بالمشي والسير ـ هكذا قال عامة مشايخنا ، وقاسوا على آية السجدة . وخيار المخيرة[١] .

وقال بعض مشايخنا[٢] : إذا تبايعا في حال السير والمشي ، فوجد[٣] الإيجاب ، منفصلا عن القبول[٤] فإنه ينعقد ، مالم يفترقا بأبدانهما . وإن وجد القبول بعد الافتراق ، لايجوز . لأن القيام عن المجلس دليل الإعراض عن الجواب ـ فأما السير بلا افتراق فليس بدليل الإعراض ، فصح القبول ، ويكون جوابا ـ وهكذا قالوا في خيار المخيرة . أما في تلاوة السجدة[٥] < ف > بخلافه . لأن الأصل أن تجب السجدة لكل[٦] تلاوة . لكن جعلت التلاوات كتلاوة واحدة[٧] عند اتحاد المجلس ، والمجلس يختلف بالسير حقيقة .

ولو وقفا وتبايعا ، جاز ، وإن وجد القبول بعد الإيجاب ، بسكتة ، لاتحاد المجلس .

---

(١) بمعنى « أنه لو قرأ آية سجدة وهو يمشي على الأرض أو يسير على دابة لا يصلي عليها مراراً يلزمه لكل قراءة سجدة ـ وكذا لو خير امرأته وهي تمشي على الأرض أو تسير على دابة لا يصلى عليها فشت أو سارت يبطل خيارها لتبدل المجلس ولو اختارت نفسها متصلا بتخيير الزوج صح اختيارها لان المجلس لم يتبدل » (الكاساني ، ٥ : ١٣٧ : ١٩).

(٢) « وقاسوا على آية السجدة . . . مشايخنا » ليست في ب .

(٣) في حـ : « في حال المشي فوجد » .

(٤) من ب و حـ . وفي الأصل : « متصلا بالقبول » .

(٥) في ب : « وأما سجدة التلاوة » .

(٦) في ب : « بكل » .

(٧) « واحدة » ليست في .

فأما إذا وقفا فأوجب أحدهما البيع ، فسار الآخر ولم يقبل ، ثم قبل بعد ذلك ، لا يصح ، ويجعل سيره دليل الإعراض .

وكذا لو سار البائع قبل أن يقبل المشتري ، لأنه دليل الإعراض أيضاً ، وإنه يملك الرجوع في إيجاب البيع .

ولو خير امرأته بعدما وقفا ، ثم سار الرجل ، وبقيت المرأة واقفة ، فلها الخيار ، لأن العبرة بجانبها [١] : فما دامت في مجلسها ، فلم يوجد منها دليل الإعراض ، وكلام الزوج لا يبطل بالإعراض .

هذا إذا كان العاقدان حاضرين في المجلس .

• • •

فأما إذا كان **أحدهما غائباً** ، فوجد من أحدهما البيع أو [٢] الشراء ، فإنه [٣] لا يتوقف .

بيانه ـ أن من قال « بعت عبدي هذا من فلان الغائب بألف درهم » فبلغه الخبر ، فقبل [٤] ، لا يصح ، لأن شطر [٥] البيع لا يتوقف ، بالإجماع .

ولو قال « بعت عبدي هـذا بألف درهم من فلان » بين يدي رجل وقال له « اذهب إلى فلان وقل [٦] له : إن فلانا باع عبده فلانا منك بألف

(١) في ب : « لجانبها » .

(٢) في حـ : « و » .

(٣) في ب : « فإنهما » .

(٤) « فقبل » ليست في حـ .

(٥) « شطر » من ب و حـ . وفي الأصل : « شرط » . وفي حـ : « شطر العقد » .

(٦) في ب : « وقيل » .

درهم » فجاء الرسول وأخبره بما قال ، فقال المشترى فى مجلسه ذلك[١] « اشتريت » أو « قبلت » ، تم البيع بينهما ، لأن الرسول معبر وسفير ، فينقل كلامه إليه ، فإذا اتصل به الجواب ، ينعقد .

وكذا الكتاب على هذا : بأن[٢] كتب إلى رجل وقال « أما بعد - فقد بعت عبدى فلانا منك بألف درهم » فلما بلغه الكتاب وقرأ وفهم ما فيه ، قال فى مجلسه ذلك « اشتريت » أو « قبلت » ينعقد البيع - لأن الخطاب والجواب ، من الغائب ، بالكتاب ، يكون .

. . .

وعلى هذا الجواب فى **الإجارة والهبة والكتابة** .

فأما **فى الخلع ، والعتق على مال** ، فإنه يتوقف شطر العقد من[٣] الزوج والمولى على قبول الآخر وراء المجلس ، بالإجماع ؛ فإن من قال « خالعت امرأتى فلانة الغائبة على ألف درهم » فبلغها الخبر ، فأجازت ، أو قبلت - صح .

وكذا إذا قال « أعتقت عبدى فلانا الغائب بألف درهم » فإنه يتوقف على إجازة العبد .

فأما فى جانب المرأة والعبد : فلا[٤] يتوقف ، إذا كان الزوج والمولى غائبين .

فأما **فى النكاح** فلا يتوقف الشطر عند أبى حنيفة ومحمد[٥] .

---

(١) « ذلك » من ب و حـ .

(٢) فى حـ : « فإن » . وفى ب : « لأن » .

(٣) فى ب : « بين » .

(٤) الفاء من حـ .

(٥) هكذا فى ب و حـ . وفى الأصل : « عندهما » .

وعلى قول أبي يوسف : يتوقف .

. . .

ثم في كل موضع لا يتوقف شطر العقد ، فإنه يجوز من العاقد[١] الرجوع عنه ، ولا يجوز تعليقه بالشروط، والإخطار[٢] ، لأنه[٣] عقد معاوضة .

وفي كل موضع يتوقف شطر العقد، كالخلع والعتق على مال ، لا يصح الرجوع عنه[٤] ، ويصح التعليق بالشروط ، لأنه في جانب الزوج والمولى ، بمنزلة التعليق — وفي جانبها بمنزلة المعاوضة .

. . .

وأما بيان الشروط

فللبيع شروط :

منها — شرط الأهلية ،من العقل والبلوغ[٥]،حتى لا ينعقد البيع من الطفل، والمجنون .

فأما الصبي العاقل والمعتوه : < ف > من أهل البيع ، حتى لو وكلا بالبيع والشراء، وباعا — جاز ، ونفذ، عندنا — خلافا للشافعي .

ومنها — شرط الانعقاد، وهو المحل . وهو أن يكون مالا متقوما ، حتى لو باع الخمر والخنزير والميتة والدم وجلد الميتة — فإنه لا يجوز أصلا،

(١) في حـ : « العاقدين » .
(٢) في الكاساني (٥ : ١٣٨ : ٨ من أسفل) : « ولا يصح تعليقه بالشرط وإضافته إلى الوقت » .
(٣) في ب : « ولأنه » .
(٤) « عنه » من حـ .
(٥) « والبلوغ » ليست في ب .

حتى لا يملك بالقبض ، بخلاف ما إذا كانت [١] هذه الأشياء ثمنا فإنه ينعقد البيع بالقيمة .

ومنها ـ شرط النفاذ ، وهو الملك أو الولاية ، حتى إذا باع ملك نفسه نفذ ، ولو باع الوكيل نفذ لوجود الولاية .

. . .

وأما أقسام البيع ـ فنقول :

هو فى الأصل قسمان : **بيع نافذ . وبيع موقوف .**

فأما البيع النافذ < فهو >أن يوجد الركن مع وجود شرط الانعقاد والنفاذ جميعا .

وأما البيع الموقوف < فهو > أن يوجد الركن مع وجود شرط الانعقاد والأهلية . لكن لم يوجد شرط النفاذ ، وهو الملك والولاية .

بيانه : أن الفضولى إذا باع مال [٢] غيره من إنسان ، أو اشترى لغيره شيئا معينا ـ فإنه يتوقف على إجازته عندنا .

وقال الشافعى : لا يتوقف [٣] .

ولقب المسألة أن العقود والفسوخ من الفضولى تتوقف [٤] على إجازة المالك .

---

(١) التاء من ب .

(٢) « مال » ليست فى حـ .

(٣) فى ب و حـ : « عندنا خلافا للشافعى » .

(٤) « على إجازته عندنا . . . تتوقف » ساقطة من ب .

وإنما ينعقد عندنا، على التوقف، كل[١] عقد له مجيز حالة العقد ؛ فأما إذا لم يكن له مجيز ، فإنه لا يتوقف - حتى إن الطلاق والعتاق ، في حق البالغ ، من الفضولي : فهو على[٢] الخلاف، لأن له مجيزا[٣] في الحال[٤].

فأما إذا وجد الطلاق والعتاق والتبرعات من الفضولي[٥] البالغ[٦] في امرأة الصبي والمجنون ومالهما ، فإنه لا يتوقف ، لأنه ليس له مجيز في حالة العقد ، لأنهما ليسا من أهل الطلاق والعتاق والتبرعات ؛ وكذلك وليهما ؛ وكذلك الأب والوصي إذا أعتقا أو طلقا عبد الصبي أو امرأته.

ثم إنما يجوز العقد الموقوف إذا كان المحل قابلا لإنشاء البيع حالة الإجازة. فأما إذا لم يكن قابلا[٧]، فلا[٨] - بأن هلك المحل ، لأن بالإجازة ينفذ، للحال، مستندا إلى ما قبله[٩]. فلا بد من المحل في الحال.

وكذا الجواب لو[١٠] كان العاقدان فضوليين: فإنه يتوقف أيضا[١١] على إجازة المالكين.

---

(١) هكذا في ب . وفي الأصل و حـ : « على كل » .

(٢) زاد هنا في حـ : « هذا » .

(٣) « لأن البالغ يملك هذه التصرفات بنفسه، فكان لها مجيز حال وجودها ، فيتوقف على إجازة المالك » الكاساني ، ٥ : ١٤٩ : ٨ من أسفل . وفي حـ : « لأنه لا يجيز » .

(٤) « في الحال » من ب و حـ .

(٥) « الفضولي » من ب و حـ .

(٦) « البالغ » ليست في ب . وفي حـ كذا : « البايع » .

(٧) « قابلا » من ب و حـ .

(٨) « فلا » ساقطة من ب .

(٩) « إلى ما قبله » من حـ .

(١٠) في ب : « ولو » .

(١١) « أيضا » من ب و حـ .

وكذلك الجواب[1] فى النكاح .

ولو كان الفضولى الواحد باع عبد إنسان من إنسان ، وهما غائبان ، وقبل <عن>[2] المشترى أيضا ، فإنه لا يتوقف[3] .

وفى النكاح إذا قبل <عنهما>[4] لا يتوقف أيضا .

وبعض مشايخنا قالوا : ينبغى أن يتوقف عند أبى حنيفة ومحمد ، وإنما الخلاف فيما إذا زوج رجل[5] امرأة ولم يقبل[6] منه ، لأن الواحد يجوز أن يكون وكيلا من الجانبين ولا يتوقف[7] فى النكاح ، ويجوز أن يكون وليا من الجانبين . بأن زوج ابنة أخته[8] من ابن أخيه ، والإجازة اللاحقة بمنزلة الوكالة السابقة ، بخلاف البيع : فإن الواحد لا يجوز أن يكون وكيلا من الجانبين ، فلا[9] يتوقف من رجل واحد[10] ، وإن وجد منه الإيجاب والقبول جميعا .

ثم إنما جاز أن يكون الرجل وليا ووكيلا من الجانبين فى النكاح ،

---

(١) « الجواب » من ب و حـ .
(٢) فى الأصل و ب و حـ : « من » .
(٣) معنى عدم التوقف هنا أن يكون باطلا .
(٤) فى الأصل و ب و حـ : « منهما » . وفى ب هنا تكرار . وانظر الهامش السابق .
(٥) « رجل » ليست فى حـ . وفى ب : « الرجل » .
(٦) فى ب : « ولم تقبل » .
(٧) « ولا يتوقف » من حـ .
(٨) فى ب و حـ : « أخيه » .
(٩) فى حـ : « ولا » .
(١٠) فى ب : « من الواحد » . وفى حـ : « من كل واحد » .

وفي البيع لا يجوز أن يكون وكيلا من الجانبين. وإنما يجوز أن[1] يكون وليا من الجانبين ، فإن الأب إذا اشترى مال الصبي[2] لنفسه. أو باع ماله من الصبي[3]، بمثل قيمته أو بغبن يسير يتغابن الناس في مثله: فإنه يجوز .

وكذلك الوصي: إذا اشترى مال[4] الصبي لنفسه ، أو باع مال نفسه من الصبي ، وفيه نفع ظاهر للصبي ، جاز ، بلا خلاف .

فأما إذا كان بمثل القيمة ، جاز عند أبي حنيفة ، وعند محمد لا يجوز .

وأما إذا كان بدون القيمة: <ف> لا يجوز، بلا خلاف[5].

---

(١) في ب : « فأما الجواز أن » .

(٢) و (٣) في ب : « الابن » .

(٤) في ب : « بمال » .

(٥) كذا في ب . وفي الأصل : « بمثل القيمة لم يجز عند أبي حنيفة وعندهما جاز » اهـ. وفي حـ لا توجد عبارة: « بلا خلاف. فأما إذا كان بمثل ... لا يجوز بلا خلاف » . وفي الكاساني (٥ : ١٣٦ : ١١) : « وأما الوصي إذا باع مال نفسه من الصغير أو اشترى مال الصغير لنفسه فإن لم يكن فيه نفع ظاهر، لا يجوز بالإجماع ، وإن كان فيه نفع ظاهر جاز عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد لا يجوز » . وفي الكاساني (٥ : ٢٥٤ : ١٩) : « ولو فعل الوصي ذلك [أي اشترى مال الصغير لنفسه أو باع مال نفسه من الصغير] لا يجوز عند محمد أصلا ، وعند أبي حنيفة وأبي يوسف إن كان خيرا لليتيم جاز وإلا فلا » . وفي الزيلعي، التبيين ، ٦ : ٢١١ ـ ٢١٢ : « وأما إذا اشترى [الوصي] شيئاً من مال اليتيم لنفسه أو باع شيئا منه من نفسه جاز عند أبي حنيفة ، وإحدى الروايتين عن أبي يوسف ، إذا كان لليتيم فيه منفعة ظاهرة وتفسيره أن يبيع ما يساوي خمسة عشر بعشرة من الصغير أو يشتري ما يساوي خمسة عشر بعشرة للصغير من نفسه . وأما إذا لم يكن فيه منفعة ظاهرة لليتيم فلا يجوز وعلى قول محمد وأظهر الروايات عن أبي يوسف أنه لا يجوز على كل حال ـ هذا في وصي الأب . وأما وصي القاضي فلا يجوز بيعه من نفسه بكل حال لأنه وكيله . وللأب أن يشتري شيئا من مال الصغير لنفسه إذا لم يكن فيه ضرر على الصغير بأن كان بمثل القيمة أو بغبن يسير . وقال المتأخرون من أصحابنا لا يجوز للوصي بيع عقار الصغير إلا أن يكون على الميت دين أو يرغب المشتري فيه بضعف الثمن ، أو يكون للصغير حاجة إلى الثمن ـ قال الصدر الشهيد رحمه الله : وبه يفتى » . وراجع أيضا : البابرتي ، العناية ، ٨ : ٤٩٩ .

والفرق بين الفصول أن الولى والوكيل فى باب النكاح بمنزلة الرسول، لأنه لا يرجع إليه حقوق العقد. فأما الوكيل فى باب البيع <ف>أصل فى حق الحقوق، وللبيع حقوق متضادة، من التسليم والتسلم، فلا يجوز أن يكون الواحد، فى شىء واحد، فى زمان واحد، مسلما ومتسلما، بخلاف الأب الوصى، لأن ثم جعلناهما كشخصين لاختلاف الولايتين.

ولو باع **العبد المحجور**، مال مولاه، من إنسان، بثمن معلوم — فإنه يتوقف على إجازة مولاه، لأنه[١] بمنزلة الأجنبى.

ولو أذن له بالتصرف فى البيع والشراء و[٢] أجاز ذلك، لا ينفذ إلا بإجازة المولى، لأن العبد المأذون لا يملك بيع مال المولى وإنما يملك الشراء.

ولو اشترى عبدا، لمولاه، بغير إذنه، فإنه يتوقف على إجازته — ولو أذن له بالتصرف: نفذ الشراء على مولاه، من غير إجازة مبتدأة لذلك[٣] — لأنه، بالإذن، ملك إنشاء الشراء، فى حقه، فيملك الإجازة[٤].

وعلى هذا: **الصبى العاقل**: إذا باع ماله[٥] وهو محجور — فإنه ينعقد تصرفه موقوفا على إجازة وليه، وعلى إذن وليه بالتصرف أيضا، وعلى بلوغه أيضا، لأن فى انعقاده فائدة، لوجود المجيز، للحال، وهو الولى.

---

(١) « لأنه » من ب و حـ.
(٢) فى حـ: « أو »، وفى ب: « فأجاز ».
(٣) « لذلك » من ب و حـ.
(٤) فى حـ: « فيملك بذلك الإجازة »، وفى ب: « فى حقه بذلك الإجازة ».
(٥) فى ب: « ملكه ».

وهذا فى التصرفات[١] **الدائرة بين الضرر والنفع**، كالبيع والإجارة.

فأما التصرفات الضارة[٢] ـ كالطلاق، والعتاق، والهبة، والصدقة، والإقرار ـ فإنه لا تصح ولا تتوقف، لأن الولى لا يملك هذه التصرفات، فلا مجيز لها للحال[٣].

وأما التصرفات النافعة، كالاحتطاب، والاحتشاش، والاصطياد، وقبول الهبة والصدقة ـ < ف > تصح منهما، من غير إذن.

. . .

وأما حكم البيع

فهو ثبوت الملك فى المبيع للمشترى، وثبوت الملك فى الثمن للبائع، إذا كان البيع باتًا من غير خيار.

فأما إذا كان فيه خيار الرؤية، أو العيب، أو خيار الشرط ـ فالجواب على ما نذكر.

ثم إذا كان البيع باتا: <ف> لا يملك أحدهما الفسخ بدون رضا صاحبه، وإن لم يتفرقا عن المجلس ـ وهذا عندنا.

وقال الشافعى: لهما[٤] خيار الفسخ مالم يتفرقا عن المجلس.

ولقب المسألة أن خيار المجلس[٥] هل هو ثابت شرعا؟

---

(١) هكذا فى ب و حـ. وفى الأصل: «وهذا هو التصرف».

(٢) «الضارة» ليست فى ب.

(٣) فى حـ: «لأن الولى لا يملك التصرفات الضار <ة> ولا مجيز لها للحال».

(٤) فى ب: «له».

(٥) فى ب: «الفسخ».

فعندنا: غير ثابت. وعنده: ثابت[١] — والمسألة معروفة.

• • •

فإذا ثبت الملك في الطرفين، أعني في[٢] المبيع والثمن جميعا، وحكم المبيع يخالف[٣] حكم الثمن، فيما سوى ثبوت الملك — **فلا بد من بيان الثمن والمبيع**[٤] **فنقول:**

إن المبيع، في الأصل، ما[٥] يتعين بالتعيين[٦]. والثمن، في الأصل، مالا يتعين بالتعيين[٧]. وإن كان قد يتعين بعارض، فيصير المبيع دينا، كما في[٨] السلم، ويصير الثمن عينا، كبيع العين بالعين[٩].

لكن الثمن المطلق هو **الدراهم**[١٠] **والدنانير**. وإنهما لا يتعينان في عقود المعاوضات، في حق الاستحقاق[١١]، وإن عينت، وتتعين في حق بيان القدر والجنس والصفة — وهذا عندنا.

وقال زفر والشافعي: تتعين[١٢].

---

(١) « وعنده ثابت » ليست في ب.

(٢) « في » من ب و حـ.

(٣) في ب و حـ: « قد يخالف ».

(٤) في حـ: « والمثمن ».

(٥) كذا في ب و حـ. وفي الأصل: « مما ».

(٦) و (٧) في حـ: « بالتبيين ».

(٨) « كما في » من ب و حـ. وفي الأصل: « كالسلم ».

(٩) وزاد في ب: « بمعرفة أحكامها ». وعبارة « وإن كان قد يتعين ... بالعين » ليست في حـ.

(١٠) من ب. وفي حـ: « المطلق كالدراهم ».

(١١) في حـ: « في الاستحسان ».

(١٢) في ب و حـ: « يتعينان ».

وأجمعوا أنهما إذا كانتا فى الذمة لا يتعينان[١] ، وإذا عينة <ا> : فعندهما حكمهما كحكم[٢] المبيع .

وأجمعوا أنهما يتعينان[٣] فى الغصوب، والأمانات، والوكالات .

وبيان ذلك : أن من باع عبدا بألف درهم ، وعينها فى المجلس ، فإن البائع لا يستحق عينها ، حتى لو أراد المشترى أن يمنعها ويرد غيرها — له ذلك، ولكن تتعين فى حق[٤] الجنس ، حتى تجب عليه الدراهم ،وتتعين فى حق القدر حتى تجب عليه[٥] ألف درهم ، وتتعين فى حق الصفة ، حتى إن الدراهم المعينة فى العقد إذا كانت جيدة يجب عليه مثلها جيدة[٦] ، وإن كانت رديئة فكذلك .

والصحيح قولنا[٧] .لأنه لا فائدة فى استحقاق عينها فى المعاوضات، لأن المثل يقوم مقامها فى كل عوض[٨] يكون فى عقود المعاوضات، فكان التعيين وتركه ، سواء، فى حق[٩] استحقاق العين .

فأما فى تعيين[١٠] الجنس، والقدر، والصفة ، <ففيه> فائدة ،فتتعين.

---

(١) فى ب و حـ : « أنها إذا كانت فى الذمة لا يتعين ».
(٢) فى ب و حـ : « حكم » .
(٣) فى ب و حـ : « أنها تتعين » .
(٤) فى حـ : « ولكن لا يتعين حق » .
(٥) « عليه » من ب .
(٦) « جيدة » ليست فى ب .
(٧) « قولنا » ليست فى حـ .
(٨) فى ب : « عرض » .
(٩) « فى حق » من ب و حـ .
(١٠) فى ب : « فى حق تعين » .

ثم الدراهم والدنانير أثمان أبداً ، سواء كانت فى مقابلتها أمثالها أو أعيان أخر ، صحبتها حرف الباء أو لا ـ حتى إن فى الأثمان [١] يصير صرفا ، وإذا كانت فى مقابلتها السلعة تصير ثمنا ـ والسلعة مبيع على كل حال ـ لأنها أثمان مطلقة ، على كل حال . فلا [٢] تتعين بالتعيين .

وأما الأعيان التى ليست من ذوات الأمثال ، كالثياب ، والدور ، والعقار ، والعبيد ، والعدديات المتقاربة [٣] كالبطاطيخ والثمار ـ فهى مبيعة ، وتتعين بالتعيين ، ولا يجوز البيع فيها إلا عينا ، إلا فيما يجوز فيه السلم ، كالثياب ونحوها ، فيكون مبيعا دينا ، إذا وجد شرائط السلم ، بالنص ، لحاجة الناس ، بخلاف القياس [٤] .

ثم الثياب ، كما تثبت فى الذمة ، دينا ، مبيعا بطريق [٥] السلم ، تثبت دينا فى الذمة مؤجلا بطريق الثمن ، والأجل شرط فى الثياب ، لا لأنه شرط فى الأثمان ، ولكن شرط [٦] لتصير ملحقة بالثمن [٧] فى كونها دينا فى الذمة .

---

(١) أى إذا كانت فى مقابلتها الأثمان .

(٢) فى حـ : « ولا » .

(٣) فى ب و حـ : « المتفاوتة » .

(٤) « بخلاف القياس » من ب و حـ .

(٥) فى حـ : « كما يثبت فى الذمة متعينا بطريق » .

(٦) فى ب كذا : « بشرط » .

(٧) فى ب و حـ : « بالسلم » .

وأما المكيل والموزون ، والعددى المتقارب : إن كانت فى مقابلتها الأثمان[١]، فهى مبيعة. وإن كانت فى مقابلتها أمثالها، أعنى المكيل والموزون والعددى المتقارب ، فكل[٢] ما كان موصوفا فى الذمة يكون ثمنا وكل ما كان معينا يكون مبيعا .

وإن كان كل واحد منهما موصوفا فى الذمة ، فما صحبه حرف الباء يكون ثمنا ، والآخر يكون مبيعا ، لأن هذا مما يتعين[٣] بالتعيين ، ويثبت[٤] دينا فى الذمة أيضاً . فيتعين أحد الوجهين بالدليل .

. . .

فإذا ثبت تفسير المبيع والثمن **فنذكر**[٥] **أحكامهما**[٦] **فنقول** :

< **منها** > — **إذا هلك المبيع** قبل القبض ، ينفسخ البيع .

وإذا هلك الثمن فى المجلس قبل القبض :

فإن[٧] كان عينا مثليا[٨] ، لا ينفسخ ، لأنه يمكن تسليم مثله ، بخلاف[٩] المبيع ، لأنه عين[١٠] ، وللناس أغراض فى الأعيان[١١] .

---

(١) فى ب : « أثمان » .
(٢) هكذا فى ب و حـ . وفى الأصل : « وكل » .
(٣) فى ب : « مما لا يتعين » .
(٤) فى حـ : « فيثبت » .
(٥) زاد هنا فى حـ : « وكذلك » .
(٦) كذا فى ب و حـ . وفى الأصل : « أحكامها » .
(٧) فى ب و حـ : « بأن » .
(٨) « مثليا » من ب .
(٩) فى حـ : « تسليمه بخلاف » .
(١٠) فى ب : « معين » . وفى حـ : « تعين » .
(١١) فى حـ : « والناس أعيان » .

أما إذا هلك ، وليس له مثل فى الحال[1] ، بأن كان شيئاً مما ينقطع عن أيدى الناس ، وهو كان موجوداً وقت العقد ، ثم انقطع قبل القبض: < فقد > اختلف المشايخ فيه[2] .

وأما إذا كسد الثمن ، بأن كان الثمن فلوسا فكسدت ، أو كسد بعض الدراهم الرائجة ـ وهو كان ثمناً قبل القبض: < ف > على قول أبى حنيفة ينفسخ العقد ، وجعل الكساد كالهلاك[3] . لأن قيام الثمن ، من حيث المعنى ، بالرواج .

وعلى قولهما : لا ينفسخ ، لكن يخير : إن شاء أخذ قيمته ، وإن شاء فسخ[4] ، وجعلاه كالعيب . ثم اختلفا فيما بينهما :

فقال[5] أبو يوسف : يعتبر قيمته يوم العقد ، لأن الثمن يجب عند العقد ، فيضمن قيمته ، حينئذ .

وقال محمد : تعتبر قيمته فى آخر ما ترك الناس المعاملة بذلك ، لأنه عجز عن التسليم يومئذ .

• • •

ومنها ـ أنه لا يجوز التصرف فى المبيع ، المنقول ، قبل القبض ، بلا خلاف . وفى العقار المبيع : يجوز عند أبى حنيفة وأبى يوسف ، وعند محمد والشافعى : لا يجوز .

---

(١) فى ب : « فى الحالين » .

(٢) « فيه » من ب .

(٣) فى حـ : « كالإهلاك » .

(٤) فى حـ : « ولذ انفسخ » .

(٥) الفاء من ب .

وأما الأثمان: <ف> يجوز التصرف فيها قبل القبض، لأنها ديون.

وكذلك التصرف في سائر الديون: من المهر، والأجرة، وضمان المتلفات، ونحوها - يجوز، قبل القبض.

. . .

ومنها - إذا باع[١] عيناً بعين، فإنه يجب عليهما التسليم معا[٢]، تحقيقاً للمساواة، في المعاوضة المقتضية للمساواة[٣] عادة.

فأما إذا كان بيع العين بالدين، فإنه يجب تسليم الدين أولا، حتى يتعين، ثم يجب تسليم العين ليتساويا - فإذا سلم المشتري الثمن، يجب على البائع تسليم المبيع.

ولو هلك المبيع قبل التسليم، فالهلاك يكون على البائع[٤]، يعني يسقط الثمن وينفسخ العقد.

ولو كان الثمن مؤجلا، يجب تسليم المبيع للحال، لأنه هو الذي أسقط حق نفسه في التأجيل[٥]، فلا يسقط حق الآخر.

وإن أجل الثمن إلا درهما، له أن يحبس كل المبيع، لأن حق الحبس مما لا يتجزأ.

---

(١) في ب: «باعا».

(٢) «معا» ليست في ب.

(٣) «في المعاوضة المقتضية للمساواة» ليست في حـ.

(٤) زاد هنا في حـ: «تسليم المبيع».

(٥) في ب و حـ: «بالتأجيل».

وكذلك لو أوفى جميع الثمن إلا درهما، أو أبرأه[1] عن جميع الثمن إلا درهما.

وكذا في الرهن: إذا قبض الدين كله، أو أبرأه إلا درهما، فإنه يحبس كل[2] الرهن، حتى يصل إليه الباقي.

ولو دفع المشتري إلى البائع بالثمن رهنا، أو كفل به كفيلا، لا يسقط حق الحبس، لأن هذا وثيقة بالثمن. فلا يبطل حقه عن حبس المبيع، لاستيفاء الثمن.

ولو أحال البائع رجلا على المشتري بالثمن وقبل، سقط حق الحبس.

وكذلك إذا أحال المشتري البائع على رجل.

وهذا عند أبي يوسف.

وعن محمد روايتان: في رواية كما قال أبو يوسف. وقال في رواية: إذا أحال البائع رجلا على المشتري يسقط حق الحبس، وإن أحال المشتري البائع، على رجل، لم يسقط حق الحبس[3] — وهي مسألة كتاب الحوالة.

ولو أتلف المشتري المبيع في يد البائع، صار قابضا للمبيع، وتقرر[4] عليه الثمن.

وكذلك إذا قطع يده أو شج رأسه وكل تصرف نقص منه شيئاً.

---

(١) الهاء من ب.

(٢) في حـ هنا تكرار.

(٣) زاد في حـ هنا: «في يد البائع».

(٤) في حـ: «ويقدر».

وكذلك لو فعله[١] البائع بإذن المشترى ، لأن أمره بالإتلاف فى ملكه صحيح ، وصار[٢] فعله منقولا إليه حكماً ، كأنه فعل بنفسه .

ولو أعتق المشترى العبد . وهو فى يد البائع ، يكون قبضا منه ، لأنه إتلاف .

ولو زوج الأمة المبيعة قبل القبض: <ف> القياس أن يصير قابضاً. لأن التزويج عيب فى الجوارى — وهو قول أبى يوسف .

وفى الاستحسان لا يكون قبضاً ، لأنه ليس بعيب [٣] حقيقة .

وإن أقر المشترى بالدين على العبد المبيع ، قبل القبض ، لايكون قبضاً[٤]. لأنه ليس بتعييب[٥] حكمى .

ولو زوجها المشترى ووطئها الزوج فى يد البائع ، يكون قبضاً فى قولهم ، لأن وطء الزوج بإذن المشترى بمنزلة وطء المشترى .

ولو أودع البائع المبيع عند المشترى أو أعاره منه ، ففى المشهور من الرواية أنه يسقط حق الحبس وليس له أن يسترده[٦] ، لأن الإيداع والإعارة من المالك لا تصح . فيكون هذا تسليما بحكم البيع [٧] ، فيسقط[٨] حق الحبس .

---

(١) فى ب : « تلفه » .
(٢) فى ح : « فصار » .
(٣) فى ب : « بتعييب » .
(٤) فى ح : « قابضا » .
(٥) كذا فى ح . وفى الأصل و ب : « لأنه تعييب » .
(٦) فى ب : « يرد » .
(٧) « البيع » ليست فى ب .
(٨) كذا فى ب و ح . وفى الأصل : « فسقط » .

ولو أودع المشترى من البائع أو أعاره منه ، لم يكن ذلك قبضاً ، لأن للبائع حق الحبس بطريق الأصالة، فلا يصح أن يصير نائبا عن غيره.

ولو أودع المشترى عند أجنبي ، وأمر البائع بالتسليم إليه ، أو أعاره ، يصير قابضا ، لأن يد أمينه كيده .

ولو جنى رجل على المبيع ، فاتبع المشترى الجانى ، وأخذ الأرش ، سقط حق الحبس، ويصير قابضاً، حتى لو هلك يكون الهلاك على المشترى، ويصير كأن الجانى فعله بأمره ـ وهذا قول أبي يوسف .

وقال محمد: لا يصير قابضا، و <يـ> بقى فى ضمان[1] البائع، ويؤمر البائع بالتسليم إليه .

هذا الذى ذكرنا إذا كان المبيع فى يد البائع .

فأما إذا كان فى يد المشترى، فباعه المالك منه ـ <فنقول> :

إن كان فى يده غصبا ، يصير قابضا بنفس الشراء ولا يحتاج إلى تجديد القبض ، حتى لو هلك قبل أن يتمكن من قبضه حقيقة ، فإنه يهلك على المشترى ، لأن ضمان الغصب ضمان العين، نظير ضمان البيع[2] ، فيكون من جنسه ، فينوب قبض الغصب عن قبض البيع[3] .

ولو باع الراهن المرهون من المرتهن، وهو فى حبسه[4] ، لا يصير قابضا بنفس الشراء ، ما لم يجدد القبض ، بأن يمكن من قبضه حقيقة ،

---

(١) فى ب : « ويعتبر من ضمان » .

(٢) و (٣) فى ب : « المبيع » .

(٤) فى ب و حـ : « من جنسه » .

بأن[١] كان حاضرا فى مجلس الشراء، أو[٢] يذهب إلى بيته ويتمكن من قبضه. لأن قبض الرهن قبض أمانة، وإنما يسقط الدين بهلاكه[٣]، لا بكونه[٤] مضمونا، ولكن بمعنى[٥] آخر عرف فى موضعه. وقبض الأمانة لا ينوب عن قبض الشراء.

وكذلك إذا كان فى يده أمانة، مثل الوديعة والعارية والإجارة ونحوها، لم يدخل فى ضمان المشترى إلا أن يتمكن من قبض جديد، لأن قبض الأمانة لا ينوب عن قبض الضمان[٦].

ولو أن المشترى قبض المبيع بغير إذن البائع قبل نقد الثمن، فللبائع أن يسترده حتى يعطيه الثمن، لأن للبائع حق الحبس حتى يستوفى الثمن، وقد أبطل حقه بالأخذ، فعليه الإعادة، كالراهن إذا أخذ المرهون من يد المرتهن: له أن يعيده إلى يده، كما[٧] قلنا.

ولو قبض بغير إذن البائع بَعْدَ نقد الثمن، ليس له أن يسترده، لأنه بطل حق الحبس بإيفاء[٨] الثمن، فيكون[٩] قبضا بحق.

ولو أن المشترى[١٠] قبضه، بغير إذن البائع، قبل إيفاء الثمن، ثم تصرف

---

(١) فى حـ: « فإن ».
(٢) فى ب: « و ».
(٣) « بهلاكه » من ب و حـ.
(٤) و (٥) فى ب و حـ: « لا لكونه ... لمعنى ».
(٦) فى ب و حـ: « ضمان ». وزاد فى ب: « ثمة ».
(٧) فى ب و حـ: « لما ».
(٨) فى ب: « باستيفاء ».
(٩) فى حـ: « يكون ».
(١٠) زاد هنا فى ب و حـ: « إذا ».

فى المبيع بغير إذن البائع:

إن كان تصرفاً يحتمل الفسخ، كالبيع، والهبة، والإجارة، والرهن ونحوها ـ فللبائع أن يسترده، لأن حق الحبس قائم.

فأما إذا تصرف تصرفا لا يحتمل الفسخ، كالإعتاق والتدبير والاستيلاد، فإنه لا يسترده[١]، لأنه لا يبقى حق الحبس[٢]، لأن المشترى تصرف فى ملكه تصرفاً لا يحتمل الرد، فنفذ[٣]، كالراهن إذا أعتق وحبس الحر، أو الحر[٤] من وجه، لا يجوز، لأنه لا[٥] فائدة فى بقاء الحبس[٦].

---

(١) الهاء من ب و حـ.

(٢) «الحبس» من ب و حـ. وفى الأصل: «الفسخ».

(٣) «فنفذ» من ب و حـ. وفى الأصل: «فيفسد».

(٤) فى حـ: «الحرة».

(٥) فى حـ: «لا يجوز ولا». وفى ب: «لا يجوز فلا».

(٦) فى ب و حـ: «حق الحبس». وزاد فى ب: «والله تعالى أعلم».

باب

البيع الفاسد

وما يملك به وما لا يملك[1]

فى الباب فصلان :

أحدهما : فى بيان أنواع البيوع الفاسدة .

والثانى : فى بيان حكمها .

أما الأول — فنقول :

البيوع الفاسدة أنواع :

منها - أن يكون المبيع مجهولا ،أو الثمن مجهولا ،جهالةتوجب المنازعة، لأنها مانعة عن[2] التسليم والتسلم ، وبدونهما[3] يكون البيع فاسدا ، لأنه لا يفيد مقصوده .

بيانه - إذا اشترى شاة من قطيع ، أو اشترى أحد الأشياء الأربعة، بكذا،على أنه بالخيار بين أن يأخذ واحدا منها ويرد الباقى [4] ، أو اشترى أحد الأشياء الثلاثة ، أو أحد الشيئين ولم يذكر فيه الخيار[5] ؛ فأما إذا

(١) فى حـ : « باب البيوع الفاسدة وما يملك ومالا يملك » .

(٢) فى ب :« من » .

(٣) كذا فى حـ . وفى الأصل و ب : « وبدونها »- والمقصود بدون إمكان التسليم والتسلم .

(٤) فى ب :« البواقى » .

(٥) هنا زاد فى ب :« لايجوز » .

ذكر الثلاثة أو الاثنين وشرط الخيار لنفسه: بين أن يأخذ واحدا ويرد الباقي: <ف> هذا جائز استحسانا ،اعتباراً بشرط الخيار ثلاثة أيام.

وهل يشترط فيه ذكر مدة[1] خيار الشرط؟ اختلف المشايخ فيه. والأصح أنه لا يشترط.

. . .

وكذا إذا باع العبد بمائة شاة من هذا القطيع ونحوه، لا يجوز، لجهالة الثمن.

. . .

فأما الجهالة التي لا تفضي إلى المنازعة: <ف> لا تمنع الجواز ـ فإنه إذا باع قفيزا من صبرة معينة بدراهم[2]، أو باع هذا العدل من الثياب بكذا ولا يعرف عددها، أو باع هذه الصبرة بكذا ولا يعلم عدد القفزان ـ جاز، لما ذكرنا.

وعلى هذا:

إذا اشترى شيئا لم يره، بأن اشترى فرسا مجللا[3]، أو جارية منتقبة، أو كُرَّى حنطة في[4] هذا البيت، أو عبدا تركيا في هذا البيت، فإنه يجوز إذا وجد كذلك، وللمشتري الخيار إذا رآه.

وعند الشافعي: فاسد.

---

(١) «مدة» من ب. وهي في الكاساني (٥:١٥٧:١٤) .

(٢) في ب: «بدرهم» .

(٣) أي لابسا الجل وهو للدابة كالثوب للإنسان تصان به (المنجد).

(٤) في ب: «أو كر حنطة من» . وفي حـ: «أو كذا كر من حنطة في» .

ولو باع هذا العبد بقيمته: فهو فاسد، لأن القيمة تعرف بالحزر والظن.

وكذا لو اشترى عدل زطي أو جراب هروى، بقيمته، لما قلنا.

ولو اشترى بحكم البائع أو[1] المشترى، أو بحكم فلان: فهو فاسد، لأن الثمن مجهول.

وكذلك لو اشترى شيئا بألف درهم إلا دينارا. أو بمائة دينار إلا درهما، لأن معناه: «إلا قدر قيمة الدينار» وهذه جهالة مفضية إلى المنازعة.

ولو باع وقال: «هو بالنسيئة كذا وبالنقد كذا» - فهو فاسد، لأن الثمن مجهول.

وكذا لو قال «بعت إلى أجل كذا أو[2] كذا»: فهو فاسد، لأن الأجل مجهول[3].

ولو باع إلى الحصاد والدياس[4]، أو إلى رجوع الحاج وقدومهم - فالبيع فاسد، لما ذكرنا[5].

ولو باع عدل زطي برأس ماله، أو برقمه[6]، ولا يعلم المشترى رقمه ولا رأس ماله: فهو فاسد، لأن الثمن[7] مجهول. فإن علم رأس ماله أو

(١) كذا في ب و حـ. وفي الأصل: «و».
(٢) في ب و حـ: «و».
(٣) كذا في ب و حـ. وفي الأصل: «فاسد».
(٤) في حـ: «أو إلى الدياس».
(٥) في ب و حـ: «على ما ذكرنا في السلم».
(٦) التاجر يرقم الثياب أي يعلمها بأن ثمنها كذا (المغرب).
(٧) في حـ: «لأن الثمن».

رقمه فى المجلس فإنه يعود البيع جائزا استحساناً ، خلافاً لزفر ، كما [١] فى الحصاد والدياس ، أو بشرط [٢] الخيار إلى شهر – إلا أن الفرق أن هناك إذا رفع [٣] المفسد قبل مجيء الحصاد والدياس ، وقبل مجيء اليوم الرابع – يعود إلى الجواز ، سواء كان فى مجلس العقد أو بعد المجلس ، وفى الرقم يشترط لانقلاب البيع جائزا ارتفاع المفسد فى المجلس .

. . .

ومنها – أن يكون المبيع مُحَرَّما أو ثمنه ، بأن باع الخمر أو الخنزير ، أو باع بهما – فإنه لا يجوز . وكذا المُحْرِم إذا باع صيدا مملوكا ، أو اشترى بصيد [٤] مملوك ، لأن الحرام لا يصلح مبيعا وثمنا – غير أنه إذا كان مبيعا : يكون البيع [٥] باطلا ، وإذا كان ثمنا : ينعقد البيع ، بالقيمة ، عندنا ، بيعا فاسدا .

وأما إذا ذكر الميتة والدم ثمنا : <فقد> اختلف المشايخ فيه .

. . .

ومنها – إذا تعلق بالمبيع حق محترم ، للغير ، لا يملك البائع إبطاله : يكون البيع [٦] فاسدا – نحو أن يبيع الراهن المرهون ، أو المؤاجر المستأجَر [٧] .

---

(١) فى ب : « كما قال » .

(٢) فى حـ : « شرط » .

(٣) فى حـ : « رقم » .

(٤) فى حـ : « بعيد » .

(٥) « البيع » من ب و حـ .

(٦) فى ب « ويكون البيع » . و فى حـ : « أو يكون المبيع » .

(٧) فى ب : « فاسدا لجواز بيع الراهن الرهن أو المرهون أو المستأجر » .

واختلفت[١] العبارة فى هذه المسألة فى الكتب :

ذكر فى بعضها أن البيع فاسد .

وفى بعضها أنه[٢] موقوف، على إجازة المرتهن والمستأجر، وهو الصحيح — حتى إن الراهن لا يقدر على فسخه . وكذلك المؤاجر . وكذا المرتهن والمستأجر : لا يملكان الفسخ ، ويملكان الإجازة . وإذا انقضت هذه الإجارة[٣] ، أو افتك الراهن[٤] الرهن يثبت الملك للمشترى[٥] .

• • •

ومنها — أن المبيع[٦] إذا كان لا يقدر على تسليمه[٧] وقت العقد ، مثل الطير[٨] الذى طار عن يده ، أو العبد الآبق، و[٩] اللقطة، والمغصوب — <يكون البيع فاسدا> .

ولو قدر على التسليم، فى المجلس ، لا يعود إلى الجواز، لأنه وقع فاسدا.

وكذلك إذا جعله ثمنا، لأن الثمن إذا كان عينا — فهو مبيع، فى حق صاحبه.

وعن الطحاوى أنه يعود جائزا .

• • •

ومنها — أن يكون فى المبيع، أو فى ثمنه[١٠]، غرر، مثل بيع السمك

---

(١) هكذا فى ب و حـ . وفى الأصل : « اختلف » .

(٢) « أنه » من ب و حـ .

(٣) فى ب و حـ : « مدة الإجارة » .

(٤) « الراهن » من ب و حـ .

(٥) فى حـ : « ملك المشترى » .

(٦) فى حـ : « أن يعنى المبيع » .

(٧) فى ب : « أن المبيع إذا لم يكن مقدور التسليم » .

(٨) فى ب و حـ : « مثل بيع الطير » .

(٩) فى حـ : « أو » .

(١٠) « أو فى ثمنه » من حـ .

فى الماء ، وهو لا يقدر على تسليمه بدون الاصطياد والحيلة ، و[1] بيع الطير فى الهواء ، أو بيع مال الغير على[2] أن يشتريه ، فيسلمه إليه ، لأنه باع ماليس بمملوك له للحال[3] ، وفى ثبوته غرر وخطر .

• • •

ومنها — بيع ماهو مملوك له، لكن قبل القبض — وقد ذكرنا تفصيله[4] .

• • •

ومنها — إدخال الشرطين فى بيع واحد[5] — وذلك أن يقول « إن أعطيتنى حالا فبألف ، وإن أجلت شهرا فبألفين » ، أو قال « أبيعك بقفيز حنطة أو بقفيزى[6] شعير » فهو فاسد ، لما روى عن النبي عليه السلام ، أنه نهى عن الشرطين[7] فى بيع .

• • •

ومنها — بيع الأتباع والأوصاف مقصودا ، وذلك نحو بيع الألية من الشاة الحية والذراع والرأس ونحوها[8] ، وكذا بيع ذراع من الثوب — لأنه تبع ، ولا يمكن تسليمه إلا بضرر[9] ، وهو ذبح الشاة ، وقطع الثوب .

---

(١) فى ب و حـ : « أو » .
(٢) فى ب : « قبل » .
(٣) فى حـ : « فى الحال » .
(٤) راجع فيا تقدم ص ٥٥ — ٥٦ من هذا الجزء .
(٥) « واحد » من حـ .
(٦) فى حـ : « أو بقفيز » .
(٧) فى ب : « شرطين » . وفى حـ كذا : « شهرين » .
(٨) فى ب : « ونحوها » .
(٩) فى حـ كذا : « لأنه بيع لا يمكن تسليمه إلا بضرورة » .

وكذلك بيع جذع من[1] سقف. ولكن إذا نزع من السقف وسلم[2]، جاز.

فأما بيع قفيز من صبرة، أو بيع عشرة دراهم من نُقْرَة[3] ونحوها، فجائز[4]، لأنه ليس في التبعيض ضرر، وهو ليس بتبع[5] أيضا، لأن القدر أصل في المقدرات[6]، بخلاف الذرع في الذرعيات.

• • •

ومنها ـ بيع المعدوم الذي انعقد سبب وجوده، أو ما هو على خطر الوجود ـ كبيع المضامين، والملاقيح[7]، ونتاج[8] الفرس ـ لما روى عن النبي عليه السلام، أنه نهى عن بيع المضامين، والملاقيح، وبيع حَبَل الحَبَلَة[9].

• • •

ومنها ـ أن يشترط الأجل في المبيع[10] العين أو الثمن العين،

---

(١) في حـ: «في».

(٢) في ب: «وتسلمه».

(٣) النُّقْرَة القطعة المذابة من الفضة أو الذهب (المغرب).

(٤) في ب و حـ: «جاز». وفي ب: «فأما إذا باع قفيزا من ... جاز».

(٥) هكذا في ب. وفي الأصل و حـ: «ببيع».

(٦) في حـ: «في المعدودات».

(٧) المضامين ما في الأصلاب، جمع مضمون ـ والملاقيح ما في الأرحام، جمع ملقوح (ابن الهمام، الفتح، ٥: ١٩٢).

(٨) النِّتاج مصدر نتجت بالضم ولكن أريد به المنتوج ههنا (البابرتي، العناية، حـ ٥: ١٩٢).

(٩) «الحَبَل مصدر حَبِلت المرأة حَبَلًا فهي حُبلى فسمي به المحمول كما سمي بالحمل وإنما دخلت عليه التاء إشعارا لمعنى الأنوثة فيه، قيل معناه أن يبيع ما سوف يحمله الجنين إن كان أنثى، وكانوا في الجاهلية يتبادون ذلك، فأبطله رسول الله صلى الله عليه وسلم» البابرتي، العناية، ٥: ١٩٢.

(١٠) في حـ: «في البيع».

لأن الأجل في الأعيان لا يفيد (١) ، فلا يصح (٢) ، فيكون شرطاً لا يقتضيه العقد ، فيفسد البيع .

فأما في الثمن الدين : < ف > إن كان الأجل معلوما : جاز ، وإن كان مجهولا : لا يجوز ـ على ما مر (٣) .

. . .

ومنها ـ البيع بشرط . وهو أنواع :

إن شرطا شرطاً يقتضيه العقد ، بأن اشترى (٤) شيئا بشرط أن يسلم البائع المبيع أو يسلم المشتري الثمن ، أو بشرط أن يملك المبيع أو الثمن ، فالبيع جائز ، لأن هذا شرط مقرر موجب (٥) العقد ، فإن ثبوت الملك ، والتسليم والتسلم (٦) ، من مقتضى المعاوضات .

وإن شرطا شرطاً **لا يقتضيه (٧) العقد ولكن ورد الشرع بجوازه** ـ كالأجل والخيار ـ رخصة وتيسيرا ، فإنه لا يفسد العقد ، لأنه لما ورد الشرع به دل أنه من باب المصلحة دون المفسدة ـ وهذا جواب الاستحسان .

والقياس أن يفسد ، لكونه شرطا مخالفا لموجب العقد ، وهو ثبوت الملك ، في الحال ، في الموضعين معا .

---

(١) في حـ : « لا يقبل » .
(٢) في ب وحـ : « ولا يصح العقد » .
(٣) زاد هنا في حـ : « ذكره » . راجع باب السلم (ص ٤ وما بعدها) .
(٤) في ب : « فإن اشتريا » .
(٥) في ب : « لموجب » . وفي حـ كذا : « شرط مقدر فيقدر يقتضي بموجب » .
(٦) « والتسلم » ليست في حـ .
(٧) في حـ : « لا يقتضي » .

ولكنا أخذنا بالاستحسان ،للحديث الوارد فى باب الخيار .

وإن شرطا شرطا لا يقتضيه العقد ولم يرد الشرع به أيضا لكنه يلائم العقد ويوافقه، وذلك نحو أن يشترى شيئا بشرط أن يعطى للبائع كفيلا بالثمن ،أو رهنا بالثمن ، <ف> هذا [١] على وجهين:

إما أن يكون الكفيل أو الرهن معلوما بالإشارة والتسمية أو لم يكن معلوما بالإشارة والتسمية[٢] .

فإن لم يكن معلوما[٣] - بأن قال«أبيعك بشرط أن تعطينى رهنا بالثمن»، ولم يسم رهنا ولا أشار إليه ، أو قال«بشرط أن تعطينى كفيلا بالثمن» ولم يسم إنسانا ولا أشار إلى إنسان - كان البيع فاسدا ، لأن هذه جهالة تفضى إلى منازعة مانعة عن التسليم والتسلم[٤] .

وأما إذا كان معلوما بالإشارة أو بالتسمية : فالقياس أن لا يجوز البيع[٥] - وبه أخذ زفر . وفى الاستحسان يجوز،وهو قول علمائنا - وهو الصحيح ، لأن الرهن والكفالة بالثمن شُرِعا توثيقا للثمن ، فيكون بمنزلة اشتراط الجودة فى الثمن، فيكون شرطا مقررا لما يقتضيه العقد معنى .

ثم إنما يجوز البيع استحسانا فى اشتراط الكفالة ، إذا كان الكفيل حاضرا فى المجلس وقبل .

---

(١) فى الأصل و ب و حـ :« وهذا » .

(٢) « بالإشارة والتسمية » من ب .

(٣) « فإن لم يكن معلوما » ليست فى ب .

(٤) « والتسلم » ليست فى ب .

(٥) « البيع » من ب و حـ .

فأما إذا كان غائبا فإنه لا يجوز ، وإن بلغه الخبر فقبل[١] ، لأن وجوب الثمن فى ذمة الكفيل مضاف إلى البيع ، فيصير الكفيل بمنزلة المشترى إذا كانت الكفالة مشروطة فى البيع ، وحضرة المشترى فى المجلس شرط لصحة الإيجاب من البائع ولا يتوقف إلى[٢] ما وراء المجلس ـ فكذلك حضرة الكفيل . بخلاف الرهن : فإن حضرته ليست بشرط فى المجلس ، لأن الرهن من المشترى ، وهو حاضر والتزم الرهن ، فالرهن صحيح[٣] . ثم فى الرهن مالم يسلم المشترى الرهن إلى البائع لا يثبت فيه[٤] حكم الرهن ، وإن انعقد عقد الرهن بذلك الكلام ، لأن الرهن لا يثبت فى حق الحكم[٥] إلا بالقبض ، على ما عرف ، فإن سلم الرهن مضى[٦] العقد على ما عقدا[٧] ، وإن[٨] امتنع عن التسليم لايجبر على التسليم عندنا ، وعند زفر يجبر ، لكن عندنا يقال للمشترى[٩] : «إما أن تدفع الرهن أو قيمته ، أو تدفع الثمن ، أو تفسخ البيع » ، لأن البائع ما رضى بوجوب الثمن فى ذمة المشترى ، إلا بوثيقة الرهن ، وفى

---

(١) الفاء من ب و حـ ، وفى الأصل : « وقبل » .

(٢) « إلى » ليست فى حـ .

(٣) « فالرهن صحيح » من ب .

(٤) فى حـ : « لا يثبت فى حق » .

(٥) « وإن انعقد عقد الرهن ... فى حق الحكم » ليست فى حـ .

(٦) فى حـ : « يصير » .

(٧) فى حـ : « على ما عرف » .

(٨) فى ب : « فإذا » .

(٩) فى ب : « يقول البائع للمشترى » .

هذه الوجوه وثيقة ، فإن لم يفعل المشترى شيئا من ذلك فللبائع أن يفسخ البيع ، لأنه فات غرضه ، فلا يكون العقد لازما ، فله أن يفسخ .

وقالوا فى البيع : إذا شرط فيه رهن مجهول حتى فسد البيع ، ثم اتفقا على تعيين رهن فى المجلس ـ إنه يجوز العقد . وإن افترقا عن المجلس ، تقرر الفساد ، لأن تمام القبول توقف على الرهن المشروط فى العقد ـ ألا ترى أن < البائع لو قال المشترى >[١] « قبلت الثمن بغير رهن » فإنه لا يصح البيع[٢] ـ فإذا لم يوجد الرهن[٣] لم يوجد القبول معنى[٤] ، فإذا عينا فى المجلس جاز ، لأن المجلس بمنزلة حالة واحدة ، فصار كأنه قبل العقد فى آخر المجلس ؛ وإن افترقا بطل .

وعلى هذا : إذا قال المشترى[٥] فى الرهن المجهول « أنا أعطى الثمن » لم يفسد العقد ، لأن الغرض من الرهن هو الوصول إلى الثمن ، وهو حاصل[٦] ، فسقط اعتبار الوثيقة .

ولو شرط البائع فى البيع أن يحيله المشترى بالثمن ، على غريم من غرمائه ، فهذا على وجهين :

---

(١) فى الأصل و ب و حـ : « المشترى لو قال البائع » .

(٢) عبارة : « ألا ترى ... لا يصح البيع » ليست فى الكاسانى . ولعل المقصود أنه قال ذلك بعد الافتراق عن المجلس وتقرر الفساد فلا بد من إيجاب وقبول جديدين بدليل ما سيأتى .

(٣) « لم يوجد الرهن » ليست فى ب و حـ .

(٤) فى ب : « معينا » .

(٥) فى حـ : « المشترى » .

(٦) فى حـ : « لأن الغرض من الرهن ، وهو الوصول إلى الثمن ، حاصل » .

إن أحال بجميع[١] الثمن ، فالبيع فاسد ، لأنه يصير بائعا بشرط أن يكون الثمن على غير المشترى[٢] ، وهو باطل .

وإن باع بشرط أن يحيل نصف[٣] الثمن على فلان، فهو جائز إذا كان حاضرا و[٤] قبل الحوالة ، كما إذا باع عبدا من رجل بألف درهم على أن يكون نصفه على فلان وهو حاضر ، فقبل ، جاز - كذا هذا .

ثم إذا كان الكفيل والمحتال عليه غائبين عن المجلس، فلم يحضرا[٥] حتى افترق العاقدان، فلا يصح البيع إلا بإيجاب مبتدأ، لأن تمام العقد يقف على قبول الكفيل والمحتال عليه، فجعل كأن القبول لم يوجد من المشترى في المجلس.

ولو حضرا في المجلس، وقبلا . جاز ؛ كما لو قبلا ، عند العقد ، لأن المجلس له حكم ساعة واحدة .

ولو شرط المشترى في البيع « على أن يحيل[٦] البائعَ على غريم من غرمائه بالثمن ليدفع إليه » أو باع بشرط « أن يضمن المشترى لغريم من غرمائه بالثمن[٧] »، فالبيع فاسد، لأن شرط الضمان والحوالة ثمة صار بمنزلة

---

(١) في ب و حـ : « إن باع بشرط أن يحتال بجميع » . إلا أن في حـ : « يحيل » .

(٢) في ب : « على غيره » . وفي حـ كذا : « على غير الباطل » .

(٣) في ب : « بنصف » .

(٤) في حـ : « أو » - راجع فيما تقدم ص ٧١ .

(٥) في حـ : « فلم يحضر » .

(٦) كذا في ب . وفي الأصل و حـ : « يحيله » .

(٧) لعل المعنى : أو باع البائع بشرط أن يضمنه المشترى لدائن من دائني البائع بمقدار الثمن الذي في ذمة المشترى للبائع - فغريم هنا بمعنى الدائن بخلاف غريم في الصورة الأولى فمناها - على ما يظهر - مدين المشترى . والعبارة في الكاساني (٥ : ١٧٢ : ٧) : « ولو شرط المشترى على البائع أن يحيله بالثمن على غريم من غرمائه أو على أن يضمن الثمن لغريم من غرماء البائع - فالبيع فاسد » .

اشتراط صفة الجودة فى الثمن، لكونه توكيدا للثمن وتوثيقا<له>[١]،
وشرط الضمان ههنا ليس بصفة للثمن، بل هو شرط فيه منفعة العاقد، والعقد
لا يقتضيه ، فيفسد البيع .

وإن شرطا شرطا لا يقتضيه العقد ولا يلائمه ولأحدهما فيه منفعة إلا
أنه متعارف ، بأن اشترى نعلا وشراكا[٢] على أن يحذوه[٣] البائع، جاز
استحسانا ، والقياس أن لا يجوز، وهو قول زفر .

ولكن أخذنا بالاستحسان، لتعارف الناس ، كما[٤] فى الاستصناع.

ولو شرطا شرطا لا يقتضيه العقد ولا يلائمه ولا يتعارفه الناس[٥] وفيه
منفعة لأحد العاقدين ، بأن اشترى حنطة على أن يطحنها البائع ، أو ثوباً
على أن يخيطه البائع ، أو اشترى حنطة على أن يتركها فى دار البائع
شهرا[٦]، ونحو ذلك ـ فالبيع فاسد .

وهذا كله مذهب علمائنا .

وقال ابن أبي ليلى بأن البيع جائز، والشرط باطل.

وقال ابن شبرمة[٧] بأن البيع جائز، والشرط جائز[٨] .

---

(١) فى الأصل وب و حـ : « وتوثيقا إياه ». انظر الكاسانى ، ٥ : ١٧١ : ٢٣ـ ١٧٢ : ٣ .

(٢) الشراك هو سير النعل الذى هو على ظهر القدم (المغرب) .

(٣) أى يعمله (المغرب) . وفى ب : « يحدوه » .

(٤) « كما » ليست فى حـ .

(٥) فى ب و حـ : « وليس يتعارف » .

(٦) « شهرا » ليست فى حـ .

(٧) هو عبد الله بن شبرمة المحدث الثقة، وفقيه أهل الكوفة، وقاضى أبى جعفر المنصور على سوادها، وقد توفى سنة ١٤٤ هـ . (النووى) .

(٨) « والشرط جائز » ليست فى حـ .

والصحيح قولنا، لأن اشتراط المنفعة الزائدة في عقد المعاوضة، لأحد العاقدين من باب الربا، أو شبهة الربا وإنه<ا> ملحقة (١) بحقيقة الربا في باب البيع احتياطاً .

ولو شرطا شرطا فيه ضرر لأحد العاقدين بأن باع ثوبا أو حيوانا، سوى الرقيق، بشرط أن لا يبيعه ولا يهبه : ذكر في المزارعة الكبيرة ما يدل على أن البيع بهذا الشرط لا يفسد ، فإنه ذكر أن أحد المزارعين لو شرط(٢) في المزارعة أن لا يبيع الآخر نصيبه أو لا يهبه ـ قال(٣) : المزارعة جائزة، والشرط باطل ، لأنه ليس لأحد المتعاملين(٤) فيه منفعة ـ هكذا ذكر الحسن في المجرد .

وروى أبو يوسف في الأمالي (٥) <: خلافه >: وهو قوله إن البيع بمثل هذا الشرط فاسد .

والصحيح هو الأول .

ولو باع جارية بشرط أن يطأها أو لا يطأها (٦): لم يذكر في ظاهر الرواية .

وروى(٧) عن أبي حنيفة أنه قال : البيع فاسد في الموضعين .

---

(١) في ب : « لأحد العاقدين في باب الربا شبهة الربا وشبهة الربا ملحقة » وفي حـ : « من الربا وشبهة الربا ملحقة » .

(٢) في ب : « أحد المزارعين يشترط » . (٣) في ب : « فإن » .

(٤) كذا في حـ . وفي الأصل : « المعاملين » . وفي ب : « العاملين » .

(٥) في ب و حـ : « وروى عن أبي يوسف في الإملاء » . وفي الكاساني (٥ : ١٧٠ : ٨ من أسفل) : « وفي الإملاء عن أبي يوسف أن البيع .. » راجع ما سيأتي ص ٧٦ ـ ٧٧ .

(٦) انظر في هذه المسألة: الكاساني ، ٥ : ١٧٠ ـ ١٧١ .

(٧) « وروى » ليست في حـ . وفي ب : « روى » .

وروى عن محمد أنه قال[١] : لا تفسد فى الموضعين .

وعن أبى يوسف أنه قال[٢] : إن باع بشرط أن يطأها فالبيع جائز ، وإن باع بشرط أن لا يطأها فالبيع فاسد .

فالحاصل أن **البيع ، بشرط أن يطأها**، فاسد عند أبى حنيفة . وعندهما : جائز ، لأن إباحة الوطء حكم يقتضيه العقد ، فصار كما لو اشترى طعاما بشرط أن يأكله ، ونحو ذلك .

وأبو حنيفة يقول : هذا شرط لا يقتضيه العقد ، فإنه لو صح الشرط كان حكمه وجوب الوطء[٣] . والبيع لا يقتضيه ، وفيه نفع للمعقود عليه[٤] ، وهو من أهل استحقاق الحق[٥] على مولاه فى الجملة ، فإنه يستحق النفقة عليه ؛ بخلاف ما إذا باع حيوانا بشرط أن يعلفه[٦] ، لأنه ليس من أهل[٧] استحقاق الحق على مالكه .

وأما البيع **بشرط أن لا يطأها** : <فقد> قال أبو حنيفة وأبو يوسف[٨] : البيع فاسد . وعلى قول **محمد** : جائز

وهو[٩] قياس ما روى أبو يوسف عنه[١٠] فى الأمالى : إذا باع

---

(١) و (٢) « قال » من ب و حـ .

(٣) كذا فى ب و حـ . وفي الاصل : « وجوب حكم الوطء » .

(٤) فى حـ كذا : « وفيه يقع المعقود عليه » .

(٥) فى ب : « العقد » .

(٦) فى ب : « أن لا يعلفه » .

(٧) « أهل » ليست فى حـ .

(٨) هكذا فى ب و حـ وفى الأصل : « قالا » .

(٩) الظاهر من سياق العبارة أن المقصود رأى أبى حنيفة وأبى يوسف .

(١٠) يظهر أن المقصود : عن أبى حنيفة ـ راجع فيما تقدم ص ٧٥ .

طعاما بشرط أن لا يأكل أو لا يبيع: <ف> إن البيع فاسد .

فأما على قياس ماذكر فى المزارعة الكبيرة[١]: <ف> يجب أن يكون الجواب على قول أبى حنيفة فى هذه المسألة[٢] مثل قول محمد .

ولو اشترى عبدا بشرط أن يعتقه المشترى : قال علماؤنا: البيع فاسد[٣] — حتى لو أعتقه المشترى قبل القبض لم ينفذ عتقه ، وإن أعتقه بعد القبض عتق ، فانقلب[٤] العقد جائزا، استحسانا ،فى قول أبى حنيفة، حتى يجب عليه الثمن .

وقال أبو يوسف ومحمد[٥] : لا ينقلب العقد جائزا إذا أعتقه، حتى يجب عليه قيمة العبد .

وروى عن أبى حنيفة مثل قولهما .

وقال الشافعى ، فى أحد قوليه : إن البيع بهذا الشرط جائز .

وقد[٦] روى أبو يوسف عن أبى حنيفة مثله .

والصحيح قول أبى حنيفة ، لأن هذا شرط[٧] يلائم العقد من وجه دون وجه : <ف> من حيث إن الإعتاق إزالة الملك ، يكون تغييراً

---

(١) راجع فيما تقدم ص ٧٥ .

(٢) «فى هذه المسألة» من ب و ﻫ .

(٣) فى ﻫ تكرار هنا .

(٤) فى ﻫ : «وانقلب» .

(٥) هكذا فى ب و ﻫ . وفى الأصل : «وقالا» .

(٦) «قد» من ب .

(٧) فى ﻫ : «الشرط» .

لحكم العقد[١] ، ومن حيث إنه إنهاء للملك ، يكون ملائما له ، لأن فيه تقريرا[٢] . فقلنا بفساد البيع فى الابتداء وبالجواز فى الانتهاء ، عملا بالدليلين ، وبالعكس لا يكون عملا بهما ، لأنا نجد فاسدا ينقلب جائزا ، كما فى بيع الرقم ، ولكن لم نجد جائزا ينقلب فاسدا . فكان الوجه الأول أولى .

ولو باع بشرط التدبير والكتابة ، وفى الأمة بشرط الاستيلاد ، فالبيع فاسد ، ولا ينقلب إلى الجواز عند وجود الشرط ، لأن هذا شرط لا يلائم البيع ، لأنه[٣] لا يثبت إنهاء الملك[٤] ههنا بيقين ، لاحتمال أن القاضى يقضى بالجواز فى التدبير والاستيلاد فلا يتقرر حكمه[٥] .

ولو باع الثمار على الأشجار والزروع الموجودة ، هل[٦] يكون البيع فاسدا ؟ فهذا لا يخلو من وجوه : إما إن كان قبل الإدراك أو بعده ، بشرط القطع أو بشرط الترك :

---

(١) فى حـ : « يكون معتبرا بحكم البيع » .

(٢) فى ب و حـ : « لأنه تقرير » .

(٣) هكذا فى ب و حـ . وفى الأصل كذا : « لأنها » ـ والمقصود تحقق الشرط .

(٤) فى ب : « لا يثبت أنها بدل بالملك » .

(٥) علة المخالفة لمقتضى العقد والمعنى أن اشتراط العتق فى البيع على المشترى اعتبر ملائما للعقد من ناحية أنه ينتهى به الملك والشىء لا ينتهى إلا بعد أن يتقرر ويتحقق وجوده فكان اشتراط العتق مقررا من هذه الناحية لملكية المشترى بالعقد فكان موافقا له أما التدبير والاستيلاد فلا يترتب عليهما إنهاء ملك المشترى بيقين لجواز أن القاضى يقضى بجواز بيع المدبر والمستولدة كما هو رأى بعض السلف وفى هذا القضاء دليل على بقاء ملك المشترى وعدم انتهائه بالتدبير والاستيلاد وبذلك لا يمكن أن يقال إن حكم العقد الصادر للمشترى قد تقرر بالتدبير والاستيلاد . وعلى ذلك لا يكون موافقا للعقد كما هو الحال فى الإعتاق على ما بينا (راجع الكاسانى حـ ٥ ص ١٧٠) .

(٦) فى ب و حـ : « ولو اشترى الثمار على الأشجار والزروع الموجودة بشرط الترك هل .. » وما فى المتن هو الصحيح كما يتبين مما يلى .

فإن كان **قبل الادراك** : <ف> إن كان بشرط القطع جاز ، وإن اشترى مطلقا جاز .

وقال الشافعي[١] : إن اشترى بشرط القطع: جاز. وإن اشترى مطلقا: لايجوز. لأنه صار شارطا[٢] للترك دلالة .

ولكن الصحيح قولنا ، لأنه اشترى ما هو مال، وإن كان لا يتكامل الانتفاع به[٣] ، بمنزلة شراء الجحش. والكلامُ المطلقُ لا يحمل على المقيد خصوصا إذا كان في ذلك فساد العقد .

وأما إذا باع بشرط الترك : فهو فاسد، بلا خلاف بين أصحابنا . لأنه شرط فيه منفعة للمشترى . فصار كما لو اشترى حنطة بشرط أن[٤] يتركها في دار البائع شهرا .

هذا إذا باع قبل أن يبدو صلاحها[٥] . وأما إذا باع **بعد بدو صلاحها** مطلقا ، أو بشرط القطع — جاز .

ولو باع بشرط الترك: لايجوز عند أبي حنيفة وأبي يوسف[٦] .

وقال محمد : إن تناهى عِظَمها جاز ، وإن لم يتناه عِظَمها[٧] لايجوز. لأن الناس تعاملوا[٨] ذلك من غير نكير .

(١) « الشافعي » ليست في حـ .
(٢) في حـ : « شرطا » .
(٣) « به » ليست في ب و حـ .
(٤) « بشرط أن » ليست في .
(٥) « هذا ... صلاحها » من ب .
(٦) هكذا في ب و حـ . وفي الأصل : « عندهما » .
(٧) « عظمها » من ب و حـ .
(٨) في حـ : « تعاملوا تعارفوا » .

والصحيح قولهما ، لأن هـذا شرط فيه منفعة للمشتري ، والعقد لا يقتضيه ، والتعامل لم يكن بشرط الترك ، ولكن الإذن معتاد بلا شرط[١] في العقد .

ولو اشترى مطلقاً ، وتركها على النخل[٢] ، من غير شرط الترك ، ولم يتناه عظمها[٣] :

فإن كان ذلك بإذن البائع : جاز ، وطاب له الفضل .

وإن ترك[٤] بغير إذن البائع: تصدق بما زاد على ما كان عند العقد ، لأنه حصل ، من وجه ، بسبب محظور .

وإن أخرج النخل والشجر في مدة الترك[٥] ثمرة أخرى ، فذلك كله للبائع ، سواء كان الترك بإذنه أو بغير إذنه . وإن جللها[٦] منه البائع: جاز، لأن هذا الحادث لم يقع عليه العقد ، وإنما هو نماء ملك البائع، فيكون له ،فان اختلط الحادث بالموجود وقت العقد، بحيث لا يمكن التمييز بينهما: فإن كان قبل أن يخلي البائع بين المشتري والثمار : فسد البيع،لأن المبيع صار مجهولا بحيث يتعذر تسليمه حال وجوب التسليم، والعجز عن التسليم مفسد للبيع . وإن كان ذلك بعد[٧] التخلية: لم يفسد البيع ، وكانت

---

(١) في حـ : « ولكن الإذن الاجل معتاد بالشرط » .
(٢) في ب : « ولو اشترى مطلقا ثمارا أو تركها على النخيل » .
(٣) « الترك ولم يتناه عظمها » ليست في حـ .
(٤) في ب و حـ : « وإن كان » .
(٥) في ب : « في بعد مدة الترك » .
(٦) أي قطعها وحصدها. وفي المغرب: «وا لجل بالكسر قصب الزرع إذا حصدوقطع » .
(٧) في حـ : « قبل » وهو خطأ .

الثمرة بينهما ، والقول فى الزيادة قول المشترى ، لأن البيع قد تم بعد القبض .

فأما إذا اشترى ثمرة قد تناهى عِظَمها، وتركها على الشجرة ، بغير إذن البائع — لم يتصدق بشيء ، لأنها[١] لا تزيد بعد التناهى، بل تنقص، فلم يحصل له < ا >[٢] زيادة بسبب محظور .

فأما فى الزرع ، فالنماء يكون للمشترى طيبا ، وإن تركه[٣] بغير إذنه ، لأنه نماء ملك المشترى ، لأن الساق ملكه، حتى يكون التبن له ، بخلاف الشجرة .

وأما الزروع التى يوجد بعضها بعد وجود بعض ، كالباذنجان والبطيخ والكراث ونحوها : <فقد> قال أصحابنا : يجوز بيع ما ظهر منها من الخارج الأول ، ولا يجوز بيع مالم يظهر ، لأنه بيع معدوم .

وقال مالك : إذا ظهر الخارج الأول ، جاز بيع الكل ، لأجل الضرورة — إلا أنا نقول : لا ضرورة ، فإنه يمكنه بيع الأصل ، بما فيه من الثمر ، فيصير الأصل ملكا له ، فبعد ذلك : ماتولد من الأصل ، يحدث على ملكه .

ومنها — أن يشترى شيئا بثمن معلوم، ثم يبيعه من البائع، بأقل مما باعه، قبل نقد الثمن .

---

(١) كذا فى ب و حـ . وفى الأصل : « لأنه » .
(٢) فى الأصل و ب : « له » . وفى حـ : « به » .
(٣) فى الأصل : « تركها » . وفى ب و حـ : « ترك » .

فإن باعه بجنس الثمن الأول: بأن اشتراه بألف درهم، ثم باعه منه[١] بخمسمائة درهم[٢]، قبل نقد الثمن، فهو فاسد عندنا.

وعند الشافعي: صحيح.

وإن كان بخلاف جنس الثمن الأول: جاز.

والأصل في ذلك حديث عائشة رضي الله عنها، في قصة زيد بن أرقم[٣] ـ وهو معروف[٤].

• • •

ثم ما ذكرنا من الشروط ـ التي إذا[٥] أدخلها في نفس العقد يكون مفسدا للعقد[٦] ـ إذا اعترض<ت> على العقد الصحيح، هل يفسد العقد؟

عند أبي حنيفة: يفسد[٧]، ويلتحق بأصل العقد، بمنزلة اشتراط الخيار في العقد البات، والزيادة، والحط، في الثمن[٨].

---

(١) «منه» ليست في حـ. والعبارة فيها: «فإن كان بجنس الثمن الأول فاشتراه بألف درهم ثم باعه بخمسمائة».

(٢) «درهم» من ب و حـ.

(٣) خزرجي مدني من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم، وقد غزا معه صلى الله عليه وسلم سبع عشرة غزوة، وقد روى له عن رسول الله صلى الله عليه وسلم. ونزل الكوفة وتوفي بها سنة ٥٦هـ. (أو سنة ٦٨هـ.) (النووي). وفي حـ: «أسلم بن أرقم».

(٤) في حـ: «وهي معروفة». وهو «أن امرأة سألت عائشة رضي الله عنها، فقالت: إن زيد بن أرقم باعني جارية بثمانمائة درهم نسيئة، واشتراها مني بستمائة ـ فقالت عائشة: أبلغي زيد بن أرقم رضي الله عنه أن الله تعالى قد أبطل جهاده لئن لم يتب» (أبو يوسف، الآثار، رقم ٨٤٣) ـ وارجع أيضا إلى: محمد، الآثار، ص ١٠٦؛ والحجج، ص ٢٥٤. وكذا المرغيناني، الهداية، ٥: ٢٠٨. والبابرتي، العناية. وابن الهمام، فتح القدير: نفس الصفحة.

(٥) «إذا» ليست في حـ. وفي ب: «لو».

(٦) «يكون مفسدا للعقد» ليست في ب.

(٧) في ب و حـ: «يفسده».

(٨) في حـ: «في الثمن والمثمن».

وعندهما: لا يلتحق ، ويبطل الشرط — والمسألة معروفة .

• • •

وأما حكم البيع الفاسد ، فنقول:

هذا على وجهين :

إن كان الفساد من قِبَلِ المبيع ، بأن كان مُحرَّماً، نحو الخمر والخنزير وصيد الحرم والإحرام ، فالبيع باطل : لا يفيد الملك أصلا ، وإن قبض ، لأنه لا يثبت الملك فى الخمر والخنزير[١] للمسلم بالبيع[٢] ، والبيع لا ينعقد بلا مبيع[٣] .

وكذلك : إذا باع الميتة ، والدم ، وكل ما ليس بمال متقوم .

وكذلك : إذا باع المدبر ، وأم الولد ، والمكاتب ، والمستسعى ، ونحو ذلك .

وكذلك الصيد الذى ذبحه المحرم ، أو صيد الحرم[٤] إذا ذبح : فإنه يكون ميتة ، فلا يجوز بيعه .

• • •

وإن كان الفساد يرجع للثمن :

فإن ذكر ما هو مال فى الجملة شرعا ، أو ما هو مرغوب عند الناس لا يوجد مجانا بغير شىء ، كما إذا باع بالخمر[٥] ، والخنزير ، وصيد الحرم ،

---

(١) « والخنزير » من حـ .

(٢) « بالبيع » ليست فى ب .

(٣) فى حـ : « لا ينعقد بل يمتنع » .

(٤) هكذا فى ب . وفى الأصل و حـ : « المحرم » .

(٥) فى حـ : « الخمر » .

والإحرام[١] : فإن البيع ينعقد بقيمة المبيع ، ويفيد[٢] الملك فى المبيع، بالقبض ، لأن ذكر الثمن المرغوب دليل على أن غرضهما البيع ، فينعقد بيعا بقيمة المبيع .

وكذلك إذا جعلا[٣] الثمن مدبرا ، أو مكاتبا ، أو أم ولد ، لأنه مرغوب فيه .

وإذا جعلا الميتة والدم ثمنا : <فقد> اختلف المشايخ .

وكذلك لو باعه بما يرعى < به > إبله فى أرضه من الكلأ ، أو بما يشرب دابته من ماء بئره[٤] ، لأنه ذكر شيئا مرغوبا فيه .

وكذلك إذا كان **الفساد بإدخال شرط فاسد ، أو باعتبار الجهالة** ، ونحو ذلك .

وإن ذكر المبيع والثمن ، فهو على هذا : يفيد الملك ، بالقيمة ، عند القبض . وهذا كله عندنا .

وعند الشافعى : البيع فاسد ، لا يفيد الملك أصلا — والمسألة معروفة .

وعلى هذا : لو قال « بعت منك هذا العبد » ولم يذكر الثمن ، ينعقد البيع بالقيمة . ولو قال « بعت منك هذا العبد بقيمته » فكذلك.

. . .

---

(١) فى الأصل : « والإحرام حرام » ويظهر أن « حرام » هذه هى الجزء الأخير من كلمة « الإحرام » كرره الناسخ . و « الإحرام » ليست فى ب .

(٢) فى حـ : « ويفسد » .

(٣) فى حـ : « جعل » .

(٤) فى حـ : « نهره » .

ثم فى البيع الفاسد ، إنما يملك بالقبض إذا كان بإذن البائع . فأما إذا كان بغير إذنه فهو كما لو[1] لم يقبض ـ هذا هو المشهور من الروايات عن أصحابنا .

وذكر محمد فى الزيادات : إذا قبضه[2] بحضرة البائع ، فلم ينهه وسكت : إنه يكون قبضا ، ويصير مالكا له ، ولم يحك خلافا .

وقد قال أصحابنا فيمن وهب هبة : والقياس[3] أن لا[4] يملكها الموهوب له حتى يقبضها[5] بإذن الواهب أو < بتسليمها >[6] إليه . إلا أنهم استحسنوا وقالوا : إذا قبضها فى مجلس العقد ، بحضرة الواهب ، ولم ينهه ، وسكت : جازت ، ويفيد الملك . وإذا قبض ، بعد الافتراق عن المجلس ، بحضرته : لا يصح القبض ، وإن سكت ـ لأن الملك من[7] الموهوب إنما يقع بالعقد والقبض[8] فيكون الإقدام على إيجاب الهبة إذنا بالقبض ، كما يكون إذنا بالقبول ، وبعد الافتراق عن المجلس لا يكون إذنا بالقبول . وكذلك[9] لا يكون إذنا بالقبض ـ فعلى هذا ، يجب أن يكون فى

---

(١) « لو » من ب .
(٢) الهاء من ب و حـ .
(٣) فى ب و حـ : « فالقياس » . ولعل الأوضح أن يقال : « القياس » .
(٤) « لا » ليست فى ب .
(٥) كذا فى ب . وفى الأصل و حـ : « يقبضه » .
(٦) فى الأصل : « تسليمه » . وفى ب : « بتسليمه » . وفى حـ : « سلمها » .
(٧) فى حـ : « فى » .
(٨) « والقبض » ليست فى حـ .
(٩) فى ب : « فكذا » . وفى حـ : « هذا » .

البيع الفاسد : فى مجلس العقد يكون إذنا بالقبض ، وبعد الافتراق : لا يكون إذنا .

• • •

ثم المشترى شراء فاسدا هل يملك التصرف فى المشترى ، وهل يكره ذلك ؟ فنقول :

لا شك أنه قبل القبض لا[1] يملك تصرفا ما لعدم الملك .

فأما بعد القبض : <ف> يملك التصرفات[2] المزيلة للملك[3] من كل وجه أو من وجه ، نحو الإعتاق ، والبيع ، والهبة والتسليم ، والتدبير ، والاستيلاد ، والكتابة ، لأن هذه التصرفات ، تزيل حق الانتفاع بالحرام[4] .

ولكن هل يباح له التصرفات التى فيها انتفاع بالمبيع مع قيام الملك ؟ اختلف المشايخ :

قال بعضهم : لا يباح الانتفاع به — حتى لا يباح[5] له الوطء إن كانت جارية[6] ، ولا الأكل إن كان طعاما ، ولا الانتفاع به إن كان دارا أو دابة أو ثوبا .

---

(١) « لا » من ب و حـ .

(٢) « ال » من ب و حـ .

(٣) « الملك » ليست فى حـ .

(٤) فى ب : « الانتفاع بالحرية » . وفى حـ : « بالحق له » .

(٥) « لا يباح » ليست فى حـ .

(٦) « إن كانت جارية » ليست فى حـ .

وبعض مشايخنا قالوا : لا يباح له الوطء لا غير ، <و> يباح[١] له[٢] سائر أنواع الانتفاعات .

فالأولون قالوا : إن هذا ملك خبيث ، فلا يظهر الملك فى حق حل الوطء والانتفاع[٣] احتياطا . والآخرون قالوا : إن المالك سلطه على التصرف، وأباح له التصرف : فكل[٤] تصرف يباح بالإذن يباح بهذا البيع ، والوطء لا[٥] يباح بإذن المالك فلا[٦] يباح بالتسليط ، بخلاف سائر الانتفاعات .

. . .

وأما الكراهة ـ <فنقول> :

ذكر الكرخى وقال : يكره التصرفات كلها ، لأنه يجب[٧] عليه الفسخ لحق[٨] الشرع ، وفى هذه التصرفات إبطال حق الفسخ ، أو تأخيره فيكره[٩] .

وقال بعض مشايخنا : لا يكره التصرفات المزيلة للملك ، لأنه يزول الفساد بسببها[١٠] .

---

(١) فى الأصل و حـ : « فأما يباح » . وفى ب : « فأما ما يباح »

(٢) « له » من ب و حـ .

(٣) « والانتفاع » ليست فى حـ

(٤) فى ب و حـ : « وكل » .

(٥) و(٦) فى حـ : « ولا » .

(٧) فى ب و حـ : « كلها ويجب » .

(٨) فى حـ : « بحق » .

(٩) الفاء من ب و حـ .

(١٠) « بسببها » ليست فى حـ .

فأما التصرفات التي[١] توجب تقرير[٢] الملك الفاسد ، فإنه يكره .

والصحيح هو الأول .

. . .

ثم المشترى شراء فاسدا إذا تصرف فى المشترى بعض القبض :

فإن كان تصرفا مزيلا للملك من كل وجه، كالإعتاق والبيع والهبة — فإنه يجوز ، ولا يفسخ ، لأن الفساد قد زال بزوال الملك[٣] .

وإن[٤] كان تصرفا مزيلا للملك من وجه أو لا يكون مزيلا للملك : < ف > إن كان تصرفا لا يحتمل الفسخ ، كالتدبير، والاستيلاد، والكتابة ، فإنه يبطل حق الفسخ .

وإن كان يحتمل الفسخ[٥] : إن كان يفسخ بالعذر ، كالإجارة، فإنه يفسخ الإجارة، ثم يفسخ البيع، بسبب الفساد، ويجعل حق الفسخ بسبب الفساد[٦] عذرا فى[٧] فسخ الإجارة .

ولو زوجها من إنسان ، بعد القبض ، فإن النكاح لا يمنع الفسخ ، والنكاح بحاله ، لأنه زوجها وهى[٨] مملوكة له ، فصح نكاحها، والنكاح مما[٩] لا يحتمل الفسخ ، فبقى النكاح .

(١) هكذا فى ا و ب . وفى الأصل : « التى » .
(٢) فى ب : « تقرر » . وفى حـ كذا : « بطريق » .
(٣) وزاد فى حـ هنا : « وإن كان الملك » .
(٤) هكذا فى ب و حـ . وفى الأصل : « فإن » .
(٥) « الفسخ » من ب .
(٦) « ويجعل حق الفسخ بسبب الفساد » ليست فى ب .
(٧) فى حـ : « فى حق فسخ » . وفى ب : « عذرا لفسخ » .
(٨) « هى » من ب . وفى حـ : « وهو » . وفى الأصل : « وبقى » .
(٩) « مما » من ب .

ولو أوصى بالعبد المبيع بيعا فاسدا ، فإنه يفسخ[١] ، لأن الوصية مما يحتمل الرجوع .

ولو مات الموصى قبل الفسخ،سقط الفسخ ، لأن الملك انتقل إلى[٢] الموصى له ، فصار كالبيع .

ولو مات المشترى شراء فاسدا ،فورثه الورثة . فللبائع حق الفسخ، وكذاللورثة [٣] ، لأن الوارث يقوم مقام الميت [٤] فى حق الفسخ ، ولهذا يرد بالعيب ، ويرد عليه [٥] ،بخلاف الموصى له .

• • •

ولو حصل فى[٦] المبيع ، بيعا فاسدا ، زيادة منفصلة [٧] ، كالولد ، والثمر ، واللبن ، أو الأرش بسبب تفويت بعضه ، فإنه لا يمنع الفسخ ، بل للبائع أن يأخذ المبيع مع الزوائد ويفسخ البيع ، لأن قبض المشترى شراء فاسدا بمنزلة قبض الغصب .

ثم إذا[٨] أخذ الولد فإن[٩] كانت الولادة نقصت الجارية، نظر فى

---

(١) فى ب : « ينفسخ » .
(٢) « إلى » ليست فى حـ .
(٣) فى ب و حـ : « الورثة » .
(٤) فى ب و حـ : « المورث » .
(٥) « ويرد عليه » ليست فى ب .
(٦) فى ب : « من » .
(٧) « منفصلة » من ب و حـ . وفى الأصل : « متصلة » وهو خطأ .
(٨) « إذا » ليست فى حـ .
(٩) الفاء من حـ .

قيمة الولد : فإن كان فيه وفاء بالنقصان : فلا شيء على المشترى . وإن لم يكن فيه وفاء : غرم تمام النقصان .

. . .

وإن وطىء المشترى المبيعة بيعا فاسدا فهذا على وجهين :

إن لم يعلقها : فللبائع أن يسترد الجارية ،ويضمن المشترى عقرها للبائع، باتفاق الروايات ، بخلاف الجارية الموهوبه إذا وطئها الموهوب له ثم رجع الواهب : فإنه لايضمن للواهب عقرها ،لأنه[1] وطىء ملك نفسه[2]، ملكا مطلقا ،في حق حل[3] الوطء وغيره ، وبالرجوع لم يظهر أن الملك لم يكن ـ أما في البيع الفاسد : < ف > لم يظهر الملك في حق حل[4] الوطء ، لكن[5] لم يحد للشبهة[6] ، فيجب العقر .

وإن أعلقها[7] وادعى الولد :يثبت نسب الولد منه ،وتصير الجارية أم ولد له . وللبائع أن يضمن المشترى قيمة الجارية ويبطل حقه في الجارية . وإذا وجبت القيمة هل يجب العقر ؟ .

ذكر في كتاب البيوع وقال : لاعقر عليه .

وذكر في كتاب الشرب وقال : عليه العقر[8] .

---

(١) « لأنه » من ب و حـ .

(٢) « ملك نفسه » ليست في ب .

(٣) « حل » ليست في ب . وفي حـ :« محل » .

(٤) في حـ :« محل » .

(٥) « لكن » ليست في حـ .

(٦) هكذا في ب و حـ . وفي الأصل :« الشبهة » .

(٧) « أعلقها » من ب و حـ . وفي الأصل :« أعتقها » .

(٨) « العقر » من ب و حـ .

ولو أحدث المشترى فى المبيع ، بيعا فاسدا ، صنعا [١] ، لو [٢] فعله الغاصب فى المغصوب يصير ملكا له بالقيمة — كما إذا طحن الحنطة أو خاط الثوب قميصا ونحو ذلك — ينقطع حق البائع فى الفسخ [٣] ، ويلزمه قيمته يوم القبض كما فى الغصب .

وكذلك لو كان المبيع ساجة [٤] فأدخلها [٥] فى بنائه .

وإن كان المبيع أرضا ، فبنى فيها المشترى ، فليس للبائع أن ينقض البيع عند أبى حنيفة رضى الله عنه .

وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله : للبائع أن ينقض ، كما فى الغصب ، فإن الغاصب إذا بنى على الأرض المغصوبة لا ينقطع حق المالك — فكذا هذا .

وأبو حنيفة يقول : إن المبيع صار ملكا له ، وفى النقض ضرر كثير ، فلا ينقض ، بخلاف الغاصب [٦] .

---

(١) فى حـ : « غصبا » .

(٢) كذا فى ب . وفى الأصل : « أو » . وفى حـ : « ... بيعا فاسدا غصبا أوفعله الغاصب » .

(٣) هكذا فى ب و حـ . وفى الأصل : « فى حق الفسخ » .

(٤) الساج شجر عظيم صلب الخشب . الواحدة ساجة (المنجد) .

(٥) فى حـ : « وأدخلها » .

(٦) زاد فى ب : « والله أعلم » .

باب

خيار الشرط

الكلام فى خيار الشرط فى مواضع :

أحدها - فى بيان شرط[1] الخيار المفسد ، والذى ليس بمفسد ،

والثانى - فى بيان مقدار مدة الخيار ،

والثالث - فى بيان ما يسقط الخيار ،

والرابع - فى بيان عمل[2] الخيار وحكمه ،

والخامس - فى بيان كيفية الفسخ والإجازة .

أما الأول - فنقول :

إن الخيار المفسد ثلاثة أنواع : بأن[3] ذكر الخيار مؤبدا بأن قال « بعت ، أو اشتريت ، على أنى بالخيار أبدا » ، أو ذكر الخيار مطلقا ولم يبين وقتا أصلا ، بأن قال «على أنى بالخيار» ، أو ذكر وقتا مجهولا ، بأن قال « على أنى بالخيار أياما » و[4]لم يبين وقتا معلوما .

والجواب فى هذه الفصول الثلاثة أن البيع فاسد .

وأما الخيار المشروع فنوع واحد: وهو أن يذكر وقتا معلوما ، ولم يجاوز

---

(١) فى الأصل : « الشرط » .

(٢) فى حـ : « محل » . والعبارة مكررة فى ب .

(٣) فى ب و حـ : « فإن » .

(٤) فى ب : « أو » .

عن الثلاثة ، بأن قال « على أني بالخيار يوما أو يومين[١] أو ثلاثة أيام» .

وهذا قول عامة العلماء ، سواء كان الخيار للبائع أو للمشتري .

وقال سفيان الثوري[٢] وابن شبرمة[٣] : إن كان الخيار للمشتري يجوز ، وإلا فلا .

وأصل هذا أن اشتراط الخيار ، كيفما كان ، شرط ينافي موجب العقد ، وهو ثبوت الملك عند العقد - وإنما عرفنا جوازه بحديث حبّان بن مُنقذ[٤] ، بخلاف القياس ، والحديث ورد بالخيار في مدة معلومة ، وهي ثلاثة أيام ، فبقي ما وراء ذلك على أصل القياس ، إلا إذا كان ذلك في معناه .

وأما إذا شرط الخيار أربعة أيام أو شهرا : <ف> قال أبو حنيفة وزفر رحمهما الله بأن البيع فاسد ، وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله بأنه جائز .

والصحيح ما قاله أبو حنيفة ، لما قلنا إنه شرط مخالف لمقتضى العقد ، والشرع ورد في ثلاثة أيام . فبقي ما زاد عليه <ا>[٥] على أصل القياس .

. . .

وأما بيان ما يسقط الخيار — فنقول :

إن الخيار بعد ثبوته يسقط بمعان ثلاثة : إما بالإسقاط صريحا ،

---

(١) « أو يومين » ليست في حـ .

(٢) تقدم في ص ١٤٩ هامش ٥ من الجزء الأول .

(٣) تقدم في ص ٧٤ هامش ٦ من هذا الجزء .

(٤) صحابي مشهور شهد أحدا وما بعدها وتوفي في خلافة عثمان (النووي) .
والحديث هو ما روي أن حبان بن منقذ كان يغبن في التجارات فشكا أهله إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال له : « إذا بايعت فقل : لا خلابة ولي الخيار ثلاثة أيام » الكاساني ، ٥ : ١٧٤ ، ١٦ . والخلابة هي الخديعة - أي لا تلزمني خديعتك ، ولي الخيار .

(٥) « عليه » ليست في ب .

أو بالإسقاط بطريق الدلالة ، أو بطريق الضرورة [١] .

أما بالإسقاط صريحا <ف> بأن يقول «أسقطت الخيار» أو «أبطلته [٢]» أو «أجزت البيع» أو «رضيت به» . فيبطل الخيار ، لأن الخيار [٣] شرع للفسخ ، فإذا سقط يبطل [٤] الخيار ، والأصل هو لزوم العقد ونفاذه ، فإذا بطل عاد الأصل .

وكذلك إذا قال «فسخت العقد» أو «نقضته» أو [٥] «أبطلته» يسقط الخيار ، لأن الخيار هو التخيير بين الفسخ والإجازة ، فأيهما وجد سقط .

وأما الإسقاط [٦] بطريق الدلالة <ف> هو [٧] أن يوجد ممن له الخيار تصرف يدل على إبقاء الملك وإثباته ، فالإقدام عليه يبطل خياره تحقيقا لغرضه .

إذا ثبت هذا فنقول :

إذا كان الخيار للمشترى ، والمبيع فى يده ، فعرضه على البيع ، يبطل خياره ، لأن عرض المشترى المبيع على البيع [٨] ، لاختياره الثمن ، ولا

---

(١) «إما بالإسقاط ... الضرورة» من ب و حـ

(٢) الهاء من ب .

(٣) «لأن الخيار» ساقطة من حـ .

(٤) «يبطل» ساقطة من حـ . وفى ب : «بطل» .

(٥) كذا فى ب و حـ . وفى الأصل : «و» .

(٦) «يسقط الخيار لأن الخيار ... وأما الإسقاط» ساقطة من ب .

(٧) فى الأصل و ب و حـ : «وهو» .

(٨) «على البيع» ليست فى ب و حـ .

يصير الثمن ملكا له إلا بعد ثبوت الملك فى المبدل ، فيصير مختارا الملك، ولا يكون ذلك إلا بإبطال الخيار ، فيبطل بطريق الدلالة .

وأما الخيار إذا كان للبائع فعرضه على البيع : < ف > لم يذكر فى ظاهر الرواية ، وعن أبى حنيفة روايتان .

والأصح أنه يكون إسقاطا لخياره ، لأنه دليل إبقاء الملك ، لأنه لا يصل إلى الثمن من غيره إلا بالتمليك منه ، وذلك لا يكون إلا بإسقاط الخيار وفسخ العقد الأول .

ولو أن المشترى إذا كان له الخيار فى عبد فباعه ،أو أعتقه ، أودبره، أو كاتبه ،أو رهنه، أووهبه ـ سلم أو لم يسلم [١]، أو آجره [٢]،فإن هذا كله منه [٣] اختيار الإجازة ، لأن نفاذ هذه التصرفات مختصة بالملك ،فيكون الإقدام عليها دليل قصد إبقاء [٤] الملك ، وذلك بالإجازة .

ولو وجدت هذه التصرفات من البائع الذى له الخيار ، يسقط خياره أيضا ، لأنه لا يصح هذه التصرفات إلا بعد نقض التصرف الأول ، إلا أن فى الهبة والرهن لا يسقط الخيار إلا بعد التسليم ،بخلاف ما إذا كان الخيار للمشترى،ووجد منه الرهن والهبة بلا تسليم،لأن الهبة والرهن بلا تسليم لا يكون دون العرض على البيع ، وذلك يسقط خيار المشترى دون البائع فى

---

(١) فى حـ : « وسلمه أو لم يسلمه » .

(٢) الهاء من ب .

(٣) « منه » ليست فى حـ .

(٤) « إبقاء » ليست فى ب و حـ .

رواية[١] ، فكذلك هذا .

وأما الإجارة : < ف > ذكر في البيوع : الأصل[٢] أنه يكون اختيارا من البائع والمشترى من غير شرط القبض .

وذكر في بعض الروايات ، وشرط قبض المستأجر .

والأصح أنه لا يشترط ، لأن الإجارة عقد لازم ، بخلاف الهبة، والرهن، قبل القبض : فإنه غير لازم .

ولو كان المبيع جارية فوطئها البائع أو المشترى إذا كان له الخيار : يسقط الخيار : أما في البائع < فلأنه > وإن[٣] كان الملك قائما للحال ولكن لو لم يسقط الخيار بالوطء فإذا أجاز تبين أنه وطىء جارية الغير[٤] من وجه، لأنه يثبت الملك للمشترى بطريق الإسناد . وأما في المشترى < ف > لهذا المعنى أيضا[٥] . ولمعنى آخر عند أبي حنيفة خاصة ، لأن الجارية المبيعة لا تدخل في ملك المشترى إذا كان الخيار له ، والوطء لا يحل بدون الملك ، فالإقدام على الوطء دليل اختيار الملك .

ولو لمسها المشترى لشهوة ، وله الخيار — سقط ، لأنه لا يحل بدون الملك .

وإن لمس لا عن شهوة ، لا يسقط ، لأنه يحتاج إلى ذلك في الجملة ،

---

(١) « في رواية » ليست في ب . راجع ما تقدم ص ٩٤ — ٩٥ .

(٢) في حـ : « ذكر في بيوع الأصل » .

(٣) في ب : « فإن » .

(٤) « الغير » ليست في حـ .

(٥) « أيضا » ليست في ب .

للاختبار[١] ، لتعرف لينها وخشونتها .

ولو نظر إلى فرجها لشهوة[٢] : سقط ، لما قلنا .

ولو نظر بغير[٣] شهوة : لا يسقط . لأن النظر إلى الفرج لا عن شهوة قد يباح عند الحاجة والضرورة ، كما فى حق القابلة والطبيب . وللمشترى حاجة فى الجملة .

ولو نظر إلى سائر أعضائها عن شهوة : لا يسقط ، لأنه يحتاج إليه ، للامتحان ، فى الجملة .

وكذلك الجواب فى حق البائع : فى اللمس عن شهوة ، والنظر إلى فرجها عن شهوة . فأما النظر إلى فرجها لا عن شهوة ، أو النظر إلى سائر أعضائها عن شهوة ، أو لمس سائر أعضائها[٤] لا[٥] عن شهوة : < فإنه > يجب أن يسقط به الخيار ـ بخلاف المشترى ، لأن ثم فى[٦] الجملة ، له[٧] حاجة إلى ذلك ، ولا حاجة فى حق البائع ، وهذه التصرفات حرام من غير ملك .

ولو نظرت الجارية المشتراة إلى فرج المشترى لشهوة ، أو لمسته :

(١) فى الأصل و حـ : « للاختيار » . وفى ب : « الاختبار ليعرف » ـ انظر فيما بعد قوله : « يحتاج إليه للامتحان » .

(٢) فى حـ : « بشهوة » .

(٣) فى ب : « لغير » .

(٤) فى حـ : « الأعضاء » . وفى ب : « لمس شيئا من الأعضاء » .

(٥) « لا » ليست فى حـ .

(٦) « فى » من ب و حـ .

(٧) « له » من ب .

< ف > إن[1] فعلت ذلك بتمكين المشترى، بأن علم المشترى ذلك منها فتركها حتى فعلت : يسقط خياره .

فأما إذا اختلست[2] اختلاسا ،فلست[3]، من غير تمكين المشترى بذلك : < ف > قال أبو يوسف : يسقط خياره ، وقال محمد : لا يسقط . وقول أبي حنيفة مثل قول أبي يوسف - ذكره بشر بن الوليد[4] : أنه يثبت الرجعة[5] بها في قول أبي حنيفة وأبي يوسف، ولا يثبت في قول محمد.

وأجمعوا أنها لو أدخلت فرج الرجل في[6] فرجها ، والزوج نائم : <ف> إنه يسقط الخيار ، وتثبت الرجعة .

والصحيح قولهما ، لأن الخيار لو لم يسقط ربما يُفسخ الشراء[7]، فيتبين[8] أن اللمس وجد من[9] غير ملك، ومس العورة، بلا[10] ملك ،

(١) في حـ : « وإن » .

(٢) في ب : « اختلسته » .

(٣) « فلست » ليست في حـ .

(٤) في ب : « وذكر بشر بن الوليد » . وهو بشر بن الوليد بن خالد الكندي نسبة إلى كِندة (بكسر الكاف) وهي قبيلة مشهورة باليمن . وهو أحد أصحاب أبي يوسف. وقد روى عنه كتبه وأماليه . وسمع من مالك بن أنس . وقال عنه الدارقطني إنه ثقة . وكان متحاملا على محمد ابن الحسن . وولى القضاء ببغداد في زمان المعتصم بالله . ومات سنة ٢٣٨ هـ . (اللكنوى : ٥٤ - ٥٥) .

(٥) في ب : « في الرجعة » .

(٦) « في » من حـ .

(٧) « الشراء » من حـ .

(٨) الفاء من حـ .

(٩) في ب : « ينفسخ الشراء واللمس وجد في » . وفي حـ : « يفسخ من الشراء فتبين أن اللمس وجد من » .

(١٠) « بلا » ساقطة من حـ .

حرام ،فيسقط،صيانة عن مباشرة الحرام ـ وكذلك في الرجعة،لهذا المعنى.

وأما الاستخدام منها[١]:<ف> لا يجعل اختيارا[٢]،لأنه تصرف لا يختص بالملك ، فإنه يباح بإذن المالك .

ثم إنما يعرف الشهوة من غير الشهوة بإقرار < الواطىء>[٣] والمتصرف ، وفي الجارية المختلسة بإقرار المشترى .

وأما الأجنبي إذا وطىء[٤] الجارية المبيعة :<ف> إن كانت في يد المشترى، والخيار له، سقط الخيار،لأنه : إن كان عن شبهة يجب العقر،وإنه زيادة منفصلة حدثت بعد القبض ، فتمنع الرد . وإن كان زنا ، فهو عيب في الجوارى،وحدوث العيب في يد المشتري يسقط[٥] خياره ـ فكذلك إذا ولدت الجارية في يد[٦] المشترى، يسقط خياره،لأنه:لو كان الولد حيا وفيه وفاء بنقصان الولادة فينجبر،لكن الولد زيادة منفصلة ، فيمنع الفسخ ويسقط الخيار.وإن مات الولد،فالنقصان قائم لم ينجبر[٧]،وحدوث النقصان عند المشترى يمنع الرد .

وإن كان في يد[٨] البائع، والخيار له، لايسقط الخيار في وطء الأجنبي،

(١) هكذا في ب و حـ . وفي الأصل :« منهما » .
(٢) أي اختيارا للإجازة ـ راجع ص ٩٥ . وفي ب : « اختبارا ».
(٣) في الأصل كذا :« الوطى ». وفي ب :« الناظر »، وفي حـ : « النظر ».
(٤) « وطىء » من ب .
(٥) الياء من ب و حـ .
(٦) كذا في ب و حـ . وفي الأصل :« في يدى » .
(٧) في ب :« والنقصان قائم لم ينجبر » . وفي حـ :« والنقصان قائم يجبر » .
(٨) كذا في ب و حـ . وفي الأصل : « في يدى » .

لأن الزنا لا يوجب نقصا[١] فى عين الجارية ، ولكن للمشترى حق الرد بسبب العيب . وإن كان الوطء عن شبهة — والعقر زيادة منفصلة ، قبل القبض — فلا[٢] يمنع الفسخ . وفى فصل الولد: إن كان حيا ينجبر النقصان ، وإنه زيادة قبل القبض ، فلا يمنع الفسخ ، لكن ثبت الخيار للمشترى ، بسبب العيب . لأن صورة النقصان قائمة ، وإن انجبر معنى . وإن مات الولد فالنقصان قائم ، ولكن لم يفت شىء من المعقود عليه — حتى ينفسخ العقد فيه[٣] . فتتفرق الصفقة على المشترى ، فيسقط الخيار[٤] — ولكن للمشترى حق الفسخ ، بسبب العيب ، وهو نقصان الولادة .

وكذلك المشترى : لو أسكن الدار المبيعة رجلا ، بأجر أو بغير أجر ، أو رم[٥] شيئا منها ، بالتطيين والتجصيص ، أو أحدث فيها بناء[٦] ، أو هدم شيئا منها : فإنه يسقط الخيار ، لأن هذه التصرفات دليل اختيار الملك . ولو سقط حائط منها . بغير[٧] صنع أحد : يسقط الخيار ، لأنه نقص فى المعقود عليه .

ولو كان المبيع أرضا فيها زروع وثمار ، قد دخلت تحت البيع بالشرط ،

---

(١) فى ح : « نقصانا » .

(٢) فى ح : « ولا » .

(٣) أى فيما فات .

(٤) أى فيما فات ، لانفساخ العقد فيه ، لأن نقصان المبيع فى يد البائع لا يسقط خياره .

(٥) رم البناء أصلحه (المغرب) .

(٦) فى ح : « فيه بيتا » .

(٧) كذا فى ب و ح . وفى الأصل : « يعنى » . وفى ب و ح : « بغير منع أحد » .

فسقاه ، أو حصده[١] . أو قصل[٢] منه شيئا لدوابه ، أو جد[٣] شيئا من الثمار — فهذا إجازة منه . لما ذكرنا .

ولو ركب المشترى الدابة ليسقيها ، أو ليردها على البائع — فالقياس أن يكون إجازة . لما ذكرنا . وفى الاستحسان : لا يسقط الخيار ، لأن الدابة قد لا يمكن تسييرها إلا بالركوب .

ولو ركبها لينظر[٤] إلى سيرها وقوتها : فهو على الخيار .

وكذا لو لبس الثوب لينظر إلى طوله وعرضه ، لأنه يحتاج إليه للامتحان :

ولو ركبها مرة أخرى لمعرفة العدو[٥] ، أو ركبها لمعرفة سير آخر[٦] ، بأن ركب مرة لمعرفة أنها هملاج[٧] ، ثم ركب ثانيا لمعرفه العدو : لا يسقط خياره ، لأنه يحتاج إليه أيضا .

---

(١) « أو حصده » ليست فى ب .

(٢) قصل قطع . ومنه القصيل ، وهو الشعير يجز أخضر لعلف الدواب . والفقهاء يسمون الزرع قبل إدراكه قصيلا ، وهو مجاز (المغرب) .

(٣) جد قطع ومنه جد النخل صرمه أى قطع ثمره جدادا (المغرب) . وكذا جذ (المصباح) . وفى ب : « جز » . وفى حـ : « جذ » .

(٤) فى ب : « فنظر » .

(٥) « لمعرفة العدو » من ب .

(٦) فى حـ : « ولو ركبها لينظر مرة أخرى أو ركبها لمعرفة سير آخر » . وفى ب « ولو ركبها مرة أخرى لمعرفة العدو ولو ركبها مرة أخرى لن ركبها لمعرفة شىء آخر » ويظهر أنه فى ب وقع خطأ من الناسخ فى أول العبارة بإيراده « ولو ركبها مرة أخرى لمعرفة العدو » إذ هذه تكرار وفيه خطأ لما سيأتى بحيث إذا حذفت هذه الجملة كان المعنى أوضح إذ تصير العبارة : « ولو ركبها مرة أخرى : لن ركبها لمعرفة شىء آخر بأن ركبها مرة لمعرفة أنه هملاج ثم ركب أخرى لمعرفة العدو لا يسقط خياره . . . وإن ركبها لمعرفة السير الأول . . . الخ » .

(٧) مشى الهملاج مشى سهل (المغرب) .

وإن ركبها لمعرفة السير الأول مرة أخرى : ذكر فى ظاهر الروايات أنه يسقط الخيار .

وفى الثوب إذا لبس ثانيا ، لمعرفة الطول والعرض : يسقط الخيار .

وفى استخدام الرقيق : إذا استخدم مرة، ثم استخدم ثانيا لنوع آخر : لا يسقط الخيار .

وبعض مشايخنا قالوا فى الاستخدام ، والركوب : لا يبطل الخيار بالمرة الثانية ، وإن كان من نوع واحد. لأن الاختيار لا يحصل بالفعل مرة، لاحتمال أن ذلك وقع اتفاقا . وإنما الحاجة إلى معرفة ذلك عادة لها ، وذلك لا يحصل إلا بالمرة الثانية ، لأن العادة[١] مشتقة من العود ، بخلاف الثوب : فإن الغرض يحصل بالمرة الواحدة .

وأما سقوط الخيار بطريق الضرورة فأنواع :

منها – إذا مضت المدة . لأن الخيار موقت بها، فينتهى الخيار ضرورة، فيبقى[٢] العقد بلا خيار ، فيلزم العقد .

ومنها – إذا مات المشروط له الخيار – فإنه يسقط الخيار، ولا يورث، سواء كان الخيار للبائع أو للمشترى أو لهما .

وقال الشافعى : يورث ، ويقوم الوارث مقامه .

وأجمعوا أن خيار العيب ، وخيار التعيين ، يورث[٣] .

---

(١) « العادة » من ب و ح .

(٢) هكذا فى ب و ح . وفى الأصل : « فبقى » .

(٣) « وخيار التعيين يورث » ليست فى ب ، وإنما كررت فيها عبارة : « أو للمشترى أو لهما، وقال الشافعى: يورث » السابقة .

وأجمعوا أن خيار القبول : لا يورث .

وكذلك خيار الإجازة في بيع الفضولى : لا يورث .

وأما خيار الرؤية < ف> هل[١] يورث ؟ لم يذكر في البيوع .
وذكر في كتاب الحيل أنه لا[٢] يورث - وكذا روى ابن سماعة[٣]
عن محمد .

وأجمعوا أن الأجل لا يورث .

ولقب المسألة أن خيار الشرط هل يورث أم لا ؟ والمسألة معروفة .

وإذا لم يورث الخيار عندنا - يسقط ضرورة ، فيصير العقد لازما ،
لأنه[٤] وقع العجز عن الفسخ ، فيلزم ضرورة .

وكذا الجواب فيما هو في معنى الموت ، بأن ذهب عقل صاحب الخيار ،
بالجنون أو بالإغماء[٥] ، في مدة الخيار ، ومضت المدة ، وهو كذلك ،
صار العقد لازماً ، لأنه عجز عن الفسخ . فلا فائدة في بقاء الخيار . فإذا
أفاق في[٦] مدة الخيار ، كان على خياره ، لإمكان الفسخ والإجازة .

وكذا لو بقى نائما في آخر مدة الخيار ، حتى مضت : سقط الخيار[٧] .

---

(١) في ب كذا : « فلا » .

(٢) في ب : « أنه يورث » . وفي الكاساني (٥ : ٢٦٨ : ٩) مثل ما في المتن .

(٣) انظر ترجمته في الهامش ٢ ص ٢٠ من المقدمة في الجزء الأول. وفي الهامش ٥ ص
١٢٠ — ١٢١ من هذا الجزء .

(٤) « لأنه » من ب و حـ . وفي الأصل : « أو » .

(٥) الباء من ب .

(٦) « في » من ب و حـ .

(٧) « الخيار » من ب و حـ .

ولو سكت بحيث لا يعلم حتى مضت مدة الخيار: لم يذكر فى الكتاب. وقالوا: الصحيح أنه يسقط الخيار، لما [١] قلنا.

ولو ارتد من له الخيار فى مدة الخيار: إن مات أو قُتل على الردة: صار [٢] البيع لازما.

وكذلك إن لحق بدار الحرب، وقضى القاضى بلحاقه، لأن الردة بمنزلة الموت، بعد الالتحاق بدار الحرب.

وإن أسلم فى مدة الخيار: كان على خياره، وجعل العارض كأن لم يكن.

هذا إذا مات أو قتل على الردة، أو أسلم قبل أن يتصرف بحكم الخيار، فسخا أو إجازة.

فأما إذا تصرف فى مدة الخيار بعد الردة: < ف > إن أجاز جازت إجازته [٣]، ولا يتوقف، بالاتفاق. ولو فسخ: فعند [٤] أبى حنيفة: يتوقف: <ف> إن أسلم [٥]: نفذ. وإن مات أو قتل على الردة: بطل الفسخ، على ما يعرف فى مسائل السير: أن تصرفات المرتد موقوفة [٦] عنده، خلافا لهما.

وعلى هذا: إذا هلكت السلعة [٧] المبيعة، فى مدة الخيار، فلا يخلو:

---

(١) «الخيار لما» ليست فى حـ.
(٢) فى ب: «كان».
(٣) كذا فى ب و حـ. وفى الأصل: «أجاز جاز ولا يتوقف ... الخ».
(٤) «فعند» من ب و حـ.
(٥) «فإن أسلم» ليست فى حـ. وفى ب: «وإن أسلم».
(٦) التاء من ب و حـ.
(٧) «السلعة» من ب و حـ.

إما أن تهلك فى يد البائع، أوفى يد[١] المشترى؛ والخيار للبائع، أو للمشترى.

فإن هلكت فى يد البائع : فإنه يسقط الخيار، سواء كان الخيار للبائع أو للمشترى ، لأنه[٢] ينفسخ العقد ، لأنه هلك لا إلى خلف ، ولا يمكنه مطالبة <المشترى> بالثمن[٣]. بدون تسليم المبيع، وقد عجز عن التسليم، فلا فائدة فى بقائه ، فينفسخ ، فيبطل الخيار ضرورة .

وإن هلكت فى يد المشترى : فإن كان الخيار للبائع ، تهلك بالقيمة، و < يـ > سقط الخيار فى قول عامة العلماء .

وقال ابن أبى ليلى : تهلك أمانة.

والصحيح قول العامة، لأن القبض بسبب هذا[٤] العقد ، لا يكون دون القبض على سوم الشراء ، وذلك مضمون بالقيمة ـ فهذا أولى .

وإن كان الخيار المشترى : فإنه يهلك عليه ، بالثمن[٥]، عندنا.

وعند الشافعى : يهلك عليه[٦] بالقيمة .

والصحيح قولنا ، لأن المبيع يصير معيبا، قبل الهلاك، متصلا به[٧] ،

(١) فى الأصل : « فى يدى » .
(٢) فى ب : « فإنه » .
(٣) الباء من ب و حـ ، وفى ب : « مطالبته بالثمن » .
(٤) « هذا » من ب و حـ .
(٥) فى ب و حـ : « الثمن » .
(٦) « عليه » من ب و حـ .
(٧) « متصلا به » ليست فى حـ .

لأن الموت <يكون> بناء على سبب مؤثر فيه [١] عادة ، و السبب المفضى إلى الهلاك يكون عيبا ، وحدوث العيب في يد المشترى يسقط خياره، لأنه يعجز عن الرد [٢]، على الوجه الذى أخذه سليما ، كما إذاحدث به عيب [٣] حسا [٤] .

وأما إذا تعيب المبيع :<ف>إن [٥] كان الخيار للبائع، وهو عيب يوجب نقصانا في عين المبيع ، فإنه يبطل خياره، سواء كان المبيع في يده أو في يد المشترى ، إذا [٦] تعيب بآفة سماوية أو بفعل البائع ، لأنه هلك بعضه بلا خلف [٧] ، لأنه [٨] لايجب الضمان على البائع، لأنه ملكه، فينفسخ البيع فيه ،لفواته، ولا يمكن بقاء العقد [٩]. في القائم،لما فيه من تفريق للصفقة على المشترى ، قبل التمام [١٠] .

وأما إذا تعيب بفعل المشترى ، أو بفعل الأجنبي : كان البائع على

---

(١) هكذا في ب و حـ .وهى في الأصل غير واضحة . وفى الكاسانى (٥:٢٧٢:١٩): « ... لأن الهلاك في يده لايخلو عن تقدم عيب عادة ،لأنه لا يخلو عن سبب موته في الهلاك عادة ،وأنه يكون عيبا وتعيب المبيع في يد المشترى يمنع الرد ويلزم البيع ».

(٢) هكذا في ب و حـ . وفى الأصل : « الردة » .

(٣) في ب و حـ :« كما إذا أحدث به عيبا » .

(٤) في حـ : « حديثا » .

(٥) و (٦) في ب : « أو » .

(٧) هكذا في ب . وفى الأصل و حـ :« بلا خلاف » .

(٨) « لأنه » ليست في ب .

(٩) « بقاء العقد » ليست في حـ .

(١٠) في حـ :«قبل التسليم»ـ وهما واحد لأن تمام العقد يكون بالتسليم:انظر الكاسانى، ٥:٢٧٢:٣ من أسفل .

خياره . لأنه يمكنه إجازة البيع فى الفائت والقائم . لأنه فات إلى خلف، مضمون على المشترى والأجنبي، بالقيمة[١]، لأنهما أتلفا ملك الغير، بغير إذنه.

فأما إذا كان عيبا لا يوجب نقصانا فى عين المبيع ، كالوطء من الأجنبي ، وولادة الولد ، ونحو ذلك : <ف> لا يسقط خياره إذا تعيب، بفعل البائع، حتى لو أراد أن يرد على البائع، بغير رضاه: <ف> ليس له ذلك[٢]، ولكن للمشترى حق الرد، بسبب العيب، لأنه لم[٣] يفت شيء من المبيع، فينفسخ العقد فيه ، فتتفرق الصفقة على المشترى .

وكذا إذا تعيب بفعل المشترى ، لأنه مضمون عليه[٤] .

وأما إذا كان الخيار للمشترى ، والعبد فى يده . يبطل خياره ، سواء حصل بآفة سماوية، أو بفعل البائع، أو بفعل المشترى ، أو بفعل الأجنبي — حتى لو أراد أن يرد على البائع ، بغير رضاه ، ليس له ذلك — أما فى الآفة السماوية وفعل البائع . فلما ذكرنا فى خيار البائع — وأما[٥] فى فعل المشترى والأجنبي، فلأنه[٦] فات شرط[٧] الرد ، لأنه لا يمكنه أن يرد جميع

---

(١) زاد هنا فى حـ : « وكذلك إذا تعيب بفعل المشترى لأنه مضمون عليه » .

(٢) « بفعل ... ذلك » من ب ، وهى فى حـ . وغير واضحة فى الأصل لأن العبارة من أول « خلف لأنه لا يجب الضمان ... » حتى « وكذا إذا تعيب » الآتية بعد ذلك مكتوبة فى الأصل فى الهامش . وهذه الجملة التى نقلناها عن ب غير واضحة وإن كان مكانها آثار كتابة.

(٣) « لم » من ب و حـ . راجع ما قلناه فى الهامش السابق .

(٤) « لأنه مضمون عليه » ليست فى حـ .

(٥) « وأما » ليست فى حـ .

(٦) فى حـ : « ولأنه » . وفى ب : « لأنه »

(٧) هكذا فى ب و حـ . وفى الأصل : « بشرط » .

ما قبض ـ كما قبض ـ سليما ، وفى رد البعض تفريق الصفقة على البائع قبل التمام ،وفى الأجنبي علة أخرى وهى[١] أنه أوجب[٢] الأرش ، والأرش زيادة منفصلة حدثت بعد القبض، وإنها تمنع الفسخ عندنا ، كسائر[٣] أسباب الفسخ ـ فكذا حكم[٤] الخيار .

ثم[٥] فى خيار البائع إذا تعيب بفعل المشترى أو بفعل الأجنبي[٦]، وهو فى يد المشترى ، لم يسقط[٧] الخيار ، وبقى على خياره ، فلا يخلو : إما أن يجيز أو يفسخ ، والعيب حصل بفعل المشترى أو الأجنبي .

فإن أجاز البيع ،وجب على المشترى جميع الثمن ، لأن البيع جاز فى الكل ، ولم يكن للمشترى حق الرد والفسخ[٨]، بسبب التغيير[٩] الذى حصل فى المبيع ، لأنه حدث فى يده وفى ضمانه ؛ إلا أن المشترى إن كان هو القاطع ، فلا سبيل له على أحد ، لأنه ضمن بفعل نفسه ، وإن كان القاطع أجنبيا ، فللمشترى أن يتبع[١٠] الجانى بالأرش، لأنه بالإجازة ملك العبد من وقت البيع ، فحصلت الجناية على ملكه .

(١) هكذا فى ب . وفى الأصل و حـ : « وهو » .
(٢) فى حـ : « وجب » . وفى ب : « واجب » .
(٣) هكذا فى ب و حـ . وفى الأصل : « بسائر » .
(٤) فى ب و حـ : « بحكم » .
(٥) « ثم » ليست فى ب .
(٦) فى ب : « البائع » .
(٧) فى ب : « ثم سقط » .
(٨) فى ب : « ولم يكن المشترى أن يمتنع من الإجازة » .
(٩) فى حـ : « التعييب » .
(١٠) فى حـ : « يبيع » .

وإذا اختار الفسخ: < ف > إن كان القاطع هو المشترى ، فإنه يأخذ الباقى ، ويضمن المشترى نصف قيمة العبد[١] للبائع، لأن العبد كان مضمونا على المشترى بالقيمة ، وقد عجز عن رد ما أتلفه بالجناية ، فعليه رد قيمته :

وإن كان القاطع أجنبيا ، فالبائع بالخيار : إن شاء اتبع الجانى، لأن الجناية حصلت على ملكه، وإن شاء اتبع المشترى لأن الجناية حدثت[٢] فى ضمان المشترى . فإن اختار اتباع الأجنبي فلا[٣] يرجع على أحد، لأنه ضمن بفعل نفسه . وإن اختار اتباع المشترى ، فالمشترى يرجع بذلك على الجانى[٤]، لأن المشترى بأداء الضمان قام[٥] مقام البائع فى حق ملك البدل وإن[٦] لم يقم مقامه فى حق ملك[٧] نفس الفائت ، كما فى غاصب[٨] المدبر إذا قتل المدبر فى يده وضمـ<ـه>[٩] المالك ، كان له أن يرجع على القاتل ، وإن لم يملك المدبر ، لما قلنا ـ كذلك ههنا .

. . .

وأما معرفة عمل خيار الشرط وحكمه ـ فنقول[١٠]:

قال علماؤنا رحمهم الله : إن البيع بشرط الخيار لا ينعقد فى حق الحكم،

---

(١) فى حـ : « المشترى فيه نصف البد » .
(٢) التاء من ب و حـ .
(٣) فى حـ : « ولا » .
(٤) فى ب : « الأجنبي » .
(٥) « قام » من حـ . وفى الأصل و ب : « قائم » .
(٦) فى ب : « لأن » .
(٧) « ملك » ليست فى ب .
(٨) فى حـ : « فى غصب » .
(٩) فى ب : « فضمن » .
(١٠) « فنقول » من ب و حـ . وليس فى ب كلمة « عمل » ولا كلمة « وحكمه » .

بل هو موقوف إلى وقت سقوط الخيار ، فينعقد[١] حينئذ .

وقال الشافعي ، في قول ، مثل قولنا . وفي قول : ينعقد مفيدا للملك ، لكن يثبت له خيار الفسخ ، بتسليط صاحبه ، كما في خيار الرؤية ، وخيار العيب .

والصحيح قولنا ، لأن[٢] خيار الشرط ، شرع لدفع الغبن ، لحديث حَبّان بن مُنقذ[٣] ، وذلك لا يحصل إلا بما ذكرنا[٤] : فإن المبيع إذا كان قريبه يعتق عليه ، لو ثبت الملك ، فلا يحصل الغرض[٥] .

. . .

ثم الخيار إذا كان للعاقدين جميعا : لا يكون العقد منعقدا ، في حق الحكم ، في حقهما جميعاً[٦] .

وإن كان الخيار لأحد العاقدين : <ف> لا شك أن العقد لا ينعقد في حق الحكم في حق من له الخيار . <و> أما في حق الآخر <ف> هل ينعقد في حق الحكم ، وهو الحكم الذي يثبت بفعله : أعني ثبوت الملك في

---

(١) « فينعقد » من ب و حـ . وفي الأصل : « فيعرف » .

(٢) في حـ : « إن » .

(٣) تقدم في ص ٩٣ .

(٤) في ب : « لا يحصل لما ذكرنا » .

(٥) في حـ كذا : « الملك له ولا يحصل الغرض في الخيار » . وعبارة الكاساني (٥ : ٢٦٤ : ٣ من أسفل) : « لأن من الجائز أن يكون المشترى قريب المشترى ، فلو ملكه للحال : اعتق عليه ، للحال ، فلا تندفع حاجته » .

(٦) في حـ كذا : « في حق حكم الخيار وأما في حكمهما جميعا » .

المبيع بتمليك البائع ،وثبوت الملك فى الثمن بتمليك المشترى[١]؟.

قال أبو حنيفة : لا ينعقد .

وقال أبو يوسف ومحمد[٢]: ينعقد - حتى إن الخيار إذا كان للبائع لا يزول المبيع عن ملكه ، ولا يدخل فى ملك المشترى . وأما الثمن <ف> هل يدخل فى ملك البائع ؟

فعند أبى حنيفة : لا يدخل .بأن كان الثمن عينا ، ولا يستحق عليه الثمن للبائع[٣] إن كان دينا .

وعندهما : يدخل ، ويجب الثمن للبائع .

وإن كان الخيار للمشترى : لا يستحق عليه الثمن ، ولا يخرج عن ملكه إذا[٤] كان عينا ، وهل يدخل المبيع فى ملك المشترى[٥] ؟ .

عند أبى حنيفة: يزول عن ملك البائع، ولا يدخل فى ملك المشترى .

وعندهما: يدخل .

والصحيح قول أبى حنيفة ، لأن خيار المشترى يمنع زوال الثمن عن ملكه ، ويمنع من استحقاق الثمن عليه ، ولو[٦] قلنا إنه يملك المبيع كان فيه جمع بين البدل والمبدل، فى ملك رجل واحد، فى عقد[٧] المبادلة، وهذا

---

(١) « وهو الحكم ... المشترى » من ب .

(٢) هكذا فى ب و حـ . وفى الأصل :« وقالا » .

(٣) هكذا فى حـ . وفى الأصل و ب :« البائع » .

(٤) فى حـ : « ولأن » .

(٥) « وهل ... المشترى » ليست فى ب .

(٦) واو العطف من ب .

(٧) فى حـ : « فى حق » .

لا يجوز ، بخلاف خيار الرؤية والعيب ؛ لأن هناك لا يمنع زوال الثمن عن ملك المشترى ؛ فجاز أن لا يمنع دخول السلعة فى ملكه[١] .

• • •

وفوائد[٢] **هذا الأصل تظهر فى مسائل كثيرة** مذكورة فى الكتب ـ فنذكر بعضها .

منها[٣] ـ إذا اشترى الرجل أباه ، أو ذا رحم محرم منه ، على أنه بالخيار ثلاثة أيام ـ لم يعتق[٤] عند أبى حنيفة ، لأنه لم يدخل فى ملكه . وعندهما : يعتق .

وأجمعوا أنه إذا قال لعبد الغير : « إن[٥] اشتريتك فأنت حر » فاشتراه على أنه بالخيار ، ثلاثة أيام ، يعتق عليه ، ويبطل خياره : أما عندهما فلأنه يدخل فى ملكه ، وأما عند أبى حنيفة فلأن المعلق بالشرط ، كالمنجز ، عند وجود الشرط . ولو نجز[٦] عتقه بعد شرائه[٧] بشرط الخيار[٨] ينفذ عتقه ، ويبطل الخيار ، لاختياره الملك ـ كذا هذا .

ومنها ـ إذا اشترى[٩] زوجته ، على أنه بالخيار ثلاثة أيام[١٠] لا يبطل

---

(١) فى حـ : « فى ملك المشترى » .
(٢) « فوائد » من ب و حـ .
(٣) فى حـ : « فيها » .
(٤) زاد هنا فى حـ : « عليه » .
(٥) فى ب : « إذا » .
(٦) فى حـ : « ولم يجز » . وفى ب : « ولو يجز » .
(٧) كذا فى ب و حـ . وفى الأصل : « شراه » .
(٨) زاد فى حـ هنا : « بل » .
(٩) فى حـ : « إذا ملك » .
(١٠) « على أنه بالخيار ثلاثة أيام » من ب .

نـكاحه عند أبي حنيفة، لأنها لم تدخل في ملكه[١].

وعندهما: يبطل لأنها دخلت في ملكه.

ولو وطئها الزوج في مدة الخيار[٢] ينظر: إن كانت بكرا يبطل خياره، بالاتفاق، لوجود التعيب[٣]. وإن كانت[٤] ثيبا و[٥] لم ينقصها الوطء: لا يبطل خياره عند أبي حنيفة، لأنه وطئها بملك النكاح، لا بملك اليمين، فلا يصير مختارا، ضرورة، في حل الوطء[٦].

وعندهما: يبطل خياره، لأنه وطئها بحكم الشراء[٧].

ومنها ـ أن المبيع إذا كان دارا: إن كان للبائع فيها خيار: لم يكن للشفيع الشفعة، بالإجماع، لأن خيار البائع يمنع زوال المبيع عن ملكه.

وإن كان الخيار للمشترى: <ت> ثبت الشفعة للـ فيع[٨]. بالإجماع:

أما عندهما فلأن خياره لا يمنع دخول السلعة في ملك المشترى، فتثبت الشفعة للشفيع. وعلى قول أبي حنيفة: خيار المشترى، وإن منع دخول السلعة في ملك المشترى[٩]، لم يمنع زوالها عن ملك البائع، وحق الشفيع في الشفعة يعتمد زوال حق البائع، لا ملك المشترى.

---

(١) زاد في حـ: «عند أبي حنيفة».

(٢) زاد هنا في ب وحـ: «فإنه».

(٣) هكذا في ب و حـ. وفي الأصل: «التعيير» ـ انظر الكاساني ٥: ٢٦٥: ٢٥.

(٤) التاء من ب. (٥) «و» ليست في ب.

(٦) «فلا يصير ... الوطء» من ب.

(٧) في ب و حـ: «وعندهما: بطل خياره بنفس الشراء».

(٨) هكذا في ب. وفي الأصل: «لشفيعه». وفي حـ: «الشفيع».

(٩) «فتثبت الشفعة ... في ملك المشترى» ليست في ب.

وأما كيفية الفسخ والإجازة

فهو على ضربين : أحدهما : بطريق الضرورة ، والآخر : بطريق القصد والاختيار .

أما الفسخ والإجازة بطريق الضرورة : < ف > يصح من غير حضرة خصمه، وعلمه ، كمضي مدة الخيار ، وهلاك المبيع، ونقصانه -على ماذكرناه.

وأما الفسخ والإجازة بطريق القصد : < فقد > أجمع أصحابنا أن المشروط له الخيار ، ملك[1] إجازة العقد بغير محضر من صاحبه ، وبغير علم منه . لأن صاحبه الذي لاخيار له رضي بحكم العقد ، وأما من له الخيار <ف> لم يرض حكمه[2] ولزومه ، فإذا رضي - ورضا الآخر قد وجد - يجب[3] القول بنفاذ البيع ، علم الآخر أو لم يعلم .

لكن يشترط الرضا باللسان، بأن قال : « أجزت هذا العقد» أو « رضيت به». فأما إذا رضي بقلبه، وما أجازه صريحا ، فإنه[4] لايسقط خياره، لأن الأحكام الشرعية تتعلق بالأقوال والأفعال الظاهرة الدالة على الضمائر.

وأما الفسخ والرد، إن وجد بالقلب دون اللسان، فهو باطل - لماذكرنا.

وأما إذا فسخ بلسانه: <ف> إن كان بمحضر من صاحبه ، فإنه يصح،

---

(١) في ب و حـ : « يملك » .

(٢) في ب و حـ : « بحكمه » .

(٣) في ب : « فإذا رضي ورضي الآخر فقد وجد فيجب » . وفي حـ : « فإذا رضي فرضي الآخر قد وجد فيجب » .

(٤) في ب و حـ : « فأما إذا رضي بقلبه وأجازه فإنه » .

بالاجماع ، سواء رضى به أو أبى [١] .

وأما إذا كان بغير محضر من صاحبه : < فقد > قال أبو حنيفة ومحمد : لا يصح ، وهو قول أبي يوسف الأول ، سواء كان الخيار للبائع أو للمشترى، ثم رجع وقال : يصح . وروى عنه أنه قال : إن كان الخيار للبائع : ملك فسخه ، بغير محضر من المشترى، وإن كان الخيار للمشترى: لا يملك فسخه ، بغير محضر من البائع . ونعنى بالحضرة العلم ـ حتى لو كان الآخر حاضرا، ولم [٢] يكن عالما بفسخه : لا يصح ، ولو كان غائبا ، وعلم بفسخه فى مدة الخيار : ينبغى أن يصح .

وذكر الكرخى أن خيار الرؤية على هذا الخلاف .

وأجمعوا أن المشترى، فى خيار العيب: إذا فسخ ، بغير محضر من البائع: لا يصح ، وإن كان قبل القبض ـ والمسألة معروفة .

. . .

ولو اشترى رجلان [٣] على أنهما بالخيار ثلاثة أيام ، أو اشتريا شيئاً ولم يرياه [٤] ، أو اشتريا شيئاً فوجدا به عيبا ـ هل يملك أحدهما أن ينفرد بالفسخ ؟

على قول أبى حنيفة: لا يملك ، ولو رد :لا يصح .

وعلى قولهما: يصح .

---

(١) فى ب : « أو رد » .

(٢) فى ب : « إذ لم » .

(٣) فى حـ : « ولو اشترك اثنان » .

(٤) فى حـ : « واشتريا شيئا ولم يره » .

وإنما يصح [١] عند أبى حنيفة إذا اتفقا على الرد أو [٢] اتفقا على الإجازة [٣] . أما إذا رد أحدهما، وأجاز الآخر : فهو على الاختلاف [٤] .

وكذا لو اختارا رد البيع فى النصف، وإجازة [٥] البيع فى النصف : فهو على الاختلاف ـ والمسألة معروفة [٦] .

---

(١) « وإنما يصح » ليست فى حـ .

(٢) فى ب و حـ : « و » .

(٣) « الإجازة » من ب . وفى الأصل و حـ : « على الفسخ » .

(٤) فى حـ : « على هذا الاختلاف »

(٥) فى ب و حـ : « وأجازا » .

(٦) زاد فى ب : « والله أعلم » .

باب

خيار الرؤية

يحتاج [١] إلى بيان :

مشروعية خيار الرؤية ،

وإلى بيان أنه فى أى وقت يثبت ،

وفى بيان أنه يثبت موقتا أو مطلقا ،

وفى بيان حكمه ،

وفى بيان ما يسقطه .

أما الأول ـ < فنقول > :

قال أصحابنا رحمهم الله : إن خيار الرؤية مشروع **فى شراء ما لم يره** المشترى ، فيجوز الشراء ، ويثبت له الخيار .

وقال الشافعى : شراء ما لم يره المشترى لا يصح ، فلا [٢] يكون الخيار فيه مشروعا .

ولو باع شيئا لم يره البائع ، ورآه المشترى : يجوز ، عندنا .

وعند الشافعى : فيه قولان .

---

(١) فى الأصل : « قال : يحتاج » .

(٢) فى حـ : « ولا » .

وهل يثبت للبائع فيه خيار الرؤية ؟

لم يذكر فى ظاهر الرواية .

وذكر الطحاوى فى اختلاف العلماء أن أبا حنيفة كان يقول بأنه يثبت له الخيار ، ثم رجع وقال : لا يثبت .

• • •

وأما بيان وقت ثبوت الخيار - فنقول :

يثبت الخيار عند رؤية المشترى، لا قبلها ، حتى لو أجاز البيع قبل الرؤية : لا يلزم البيع ، ولا يسقط الخيار .

وهل يملك الفسخ قبل الرؤية ؟ لا رواية فى هذا - واختلف المشايخ:

قال بعضهم : لا يملك ، لأنه لا يملك الإجازة قبل الرؤية ، فلا يملك الفسخ ، لأن الخيار لم يثبت .

وبعضهم قالوا : يملك الفسخ، لا لسبب الخيار، لأنه غير ثابت ، ولكن < لأن > شراء ما لم يره المشترى غير لازم، والعقد الذى ليس بلازم، يجوز فسخه، كالعارية[١] والوديعة .

• • •

و[٢] أما بيان أن الخيار مطلق أو موقت - < فنقول > :

اختلف المشايخ فيه :

بعضهم قالوا : يثبت مطلقا ، فيكون له الخيار فى جميع العمر ، إلا إذا وجد ما يسقطه[٣] .

---

(١) فى حـ : «كالإجارة» وهو خطأ . (٢) الواو من ب و حـ .

(٣) فى حـ كذا : «إلا إذا وقت حد ما يسقطه» .

وبعضهم قالوا بأنه موقت بوقت إمكان الفسخ بعد الرؤية ، حتى لو تمكن من الفسخ بعد الرؤية. ولم يفسخ: يسقط خيار الرؤية. وإن لم يوجد منه الإجازة والرضا صريحا ولا دلالة .

وأما حكمه

فهو التخيير بين الفسخ والإجازة إذا رأى المبيع . ولا يمنع ثبوت الملك[1] في البدلين . ولكن يمنع اللزوم ، بخلاف خيار الشرط .

وإنما يثبت الخيار في بيع العين بالعين : لكل واحد منهما.

وفي بيع العين بالدين : يثبت للمشتري .

ولا يثبت في بيع الدين بالدين ، وهو الصرف ، لأنه لا فائدة فيه . فأما إذا كان الحق عينا ، فللناس[2] أغراض في الأعيان ، فكان ثبوت الخيار فيه[3] لينظر أنه هل يصلح له - فإن شاء أجاز إن صلح ، وإن شاء فسخ إن[4] لم يصلح .

وهذا إذا رأى جميع المبيع .

فأما إذا رأى البعض ورضي به ، ولم ير البعض - هل يكون على خياره ، أم لا ، إذا رأى المبيع ؟ فنقول :

الأصل في هذا النوع من المسائل هو[5] أن غير المرئي إذا كان تبعا

---

(١) في ب : « ثبوت الحكم » .
(٢) هكذا في ب . وفي الأصل و حـ : « وللناس » .
(٣) في ب : « له فيه » .
(٤) في ب : « وإن » .
(٥) في الأصل و ب و حـ : « وهو » .

المرئى: فلا خيار له فى غير المرئى ، وإن كان رؤيةمارأى لا تُعَرِّف حال مالم يره ، لأن حكم التبع حكم الأصل .

وإن لم يكن غير المرئى تبعا للمرئى[١] : <ف>إن كان مقصودا بنفسه ، كالمرئى ، ينظر :

إن كان رؤية ما قد رأى لم تُعَرِّف حال غير المرئى : كان على خياره، فيما لم يره، لأن المقصود من الرؤية ، فيما لم يره ، لم يحصل برؤيته ما رأى.

وإن كان رؤية ما رأى تُعَرِّف حال غير المرئى : فإنه لا خيار له، أصلا[٢] ،فى غير المرئى ، إذا كان غير المرئى مثل المرئى ، أو فوقه .لأنه حصل برؤية البعض ، رؤية الباقى ، من حيث المعنى .

إذا ثبت هذا الأصل ، تخرج عليه المسائل <الآتية> :

ـ إذا اشترى جارية **أو عبدا**، فرأى الوجه دون سائر الأعضاء:لا خيار له ، وإن كان رؤية الوجه لا تُعَرِّف حال سائر الأعضاء ، لأن سائر الأعضاء[٣] تبع للوجه فى شراء العبد والجارية ، فى العادة . ولو رأى سائر الأعضاء دون الوجه : فهو على خياره ، لأنه لم ير المتبوع ـ هذا فى بنى آدم .

ـ فأما **فى سائر الحيوان**[٤]، مثل الفرس والحمار ونحوهما :

ذكر محمد بن سماعة[٥] عن محمد أنه قال : إن نظر إلى عجزه : يسقط

---

(١) هنا تكرار فى ب

(٢) « أصلا » من ب .

(٣) « لا خيار له وإن كان . . سائر الأعضاء » ليست فى ب .

(٤) فى ب و حـ :« الحيوانات » .

(٥) ولد سنة ١٣٠ هـ.وحدث عن الليث بن سعد وعن أبى يوسف ومحمد وأخذ الفقه عن=

خياره . وإن لم ير عجزه[١] : فهو على خياره ـ <ف> جعل العجز في الحيوانات بمنزلة الوجه فى بنى آدم .

وعن أبي يوسف أنه قال: هو[٢] على خياره ما لم ير وجهه ومؤخره ، فجعل الأصل هذين العضوين وغيرهما تبعا .

ـ وأما **الشاة** : إذا اشتراها للحم : <فقد> روى[٣] عن أبي يوسف أنه قال : لا بد من الجس بعد الرؤية حتى يعرف سمنها[٤]، لأنه هو المقصود . وإن اشتراها للدر والنسل ، فلا بد من رؤية سائر جسدها ، ومن النظر إلى ضرعها أيضا[٥] ، لأنها تختلف باختلاف الضرع .

ـ فأما **فى غير الحيوان** : <ف> إن كان شيئا واحدا ينظر :

إن كان شيء منه مقصودا عند الناس فى العادة . كالوجه فى المَعَافِر[٦] والطَّنَافِس[٧] : <فإنه> إذا رأى الوجه سقط الخيار ، كما فى بنى آدم ، وإذا

= أبي يوسف ومحمد والحسن بن زياد . وكتب النوادر عن أبي يوسف ومحمد . وولى القضاء المأمون ببغداد بعد موت يوسف بن الإمام أبي يوسف سنة ١٩٢ هـ . له كتاب أدب القاضي وكتاب المحاضر والسجلات والنوادر وغيرها . وممن تفقه عليه : أبو جعفر أحمد بن أبي عمران البغدادى شيخ الطحاوى . ومات سنة ٢٣٣ هـ . (اللكنوي) . راجع أيضاً الهامش ٢ ص ٢٠ من المقدمة في الجزء الأول .

(١) « عجزه » من ب .

(٢) « هو » من ب .

(٣) فى حـ : « اللحم وروى » .

(٤) هكذا فى ب . وفى حـ : « سمنه » . وفى الأصل : « سمينه » .

(٥) « أيضا » من ب و حـ .

(٦) هو نوع من الثياب وأصله « ثوب مَعَافِرى » نسبة الى مَعَافِر بن مر أخى تميم بن مر ثم سمى « مَعَافِرا » بغير نسبة (المغرب والقاموس) .

(٧) الطَّنَافِس البُسُط (انظر القاموس) وفى الكاساني (٥ : ٢٩٣ : ٢ من أسفل) : البُسُط .

رأى الظهر: لايسقط - هكذا ذكر[١] الحسن،فى المجرد،عن أبى حنيفة.

وإن لم يكن شىء منه مقصودا، كالكرباس[٢]: فإن رؤية بعضه، أى بعض كان، كرؤية الكل، لأن برؤية بعضه يعرف الباقى، لأن تفاوت الأطراف فى ثوب واحد يسير. فإن وجد الباقى مثل المرئى أو فوقه:< ف > لا خيار له. وإن وجده[٣] دونه: كان على خياره - على ما ذكرنا.

وإن كان المعقود عليه دارا أو بستانا: ذكر فى كتاب القسمة وقال: إذا رأى خارج الدار وظاهرها: يسقط خياره، وإن لم ير داخلها، لأنها شىء واحد. وفى البستان: إذا رأى الخارج ورؤوس الأشجار، يسقط خياره[٤].

وعلى قول زفر: لا يسقط الخيار، بدون رؤية الداخل.

ولكن مشايخنا قالوا: تأويل ما ذكر فى كتاب القسمة أنه إذا لم يكن فى داخل الدار أبنية. فأما إذا كان فيها أبنية:< ف > لا يسقط الخيار ما لم ير داخل الدار[٥]، كله أو بعضه، لأن الداخل هو المقصود، والخارج كالتبع له.

---

(١) فى ب: «روى».

(٢) الكرباس الثوب الخشن، وهو فارسى معرب - والجمع كرابيس (المصباح).

(٣) الهاء من ب. وفى حـ «لن وجد».

(٤) «وإن لم ير داخلها ... ورؤوس الأشجار يسقط خياره» ليست فى ب.

(٥) «ولكن مشايخنا ... داخل الدار» ليست فى ب - وفى حـ: «ما لم يدخل الدار» بدل: «ما لم ير داخل الدار» وبقية ما فى المتن فى حـ.

وذكر القدوري[١] أن أصحابنا قالوا : إن أبا حنيفة أجاب على عادة أهل الكوفة في زمانه ، فإن دورهم وبساتينهم[٢] لا تختلف من حيث التقطيع والهيئة ، وإنما تختلف من حيث الصغر والكبر ، وكذا من حيث صغر الأشجار وكبرها - وذلك يحصل برؤية الخارج ، ورؤية رؤوس الأشجار ، وعادة سائر البلدان بخلافه .

هذا إذا كان المعقود عليه شيئا واحدا . **فأما اذا كان أشياء :**

<ف> إن كان من العدديات المتفاوتة[٣] ، كالثياب التي[٤] اشتراها في جراب ، أو البطاطيخ في الشريجة[٥] ، أو الرمان أو[٦] السفرجل في القفة والكوارة[٧] : <ف> إذا رأى البعض : فإنه يكون على خياره في الباقي ، لأن الكل مقصود ، ورؤية ما رأى لا تعرف حال الباقي ، لأنها متفاوتة .

وإن كان مكيلا ، أو موزونا ، أو عدديا متقاربا : فإنه إذا رأى البعض ، ورضي به - لا خيار له في الذي لم ير ، إذا كان ما لم ير مثل الذي

---

(١) في ب تكرار هنا من أول عبارة « يسقط خياره وعلى قول زفر » .
(٢) في ب : « وآنيتهم » .
(٣) « المتفاوتة » ليست في ب .
(٤) هكذا في ب و حـ . وفي الأصل : « الذي » .
(٥) الشريجة جوالق كالخرج ينسج من سعف النخل يحمل فيه البطيخ ونحوه (المغرب والمنجد) .
(٦) كذا في ب . وفي الأصل و حـ : « و » .
(٧) في ب : « والكارة » . وهي وعاء يتخذ من القضبان أو الطين ضيق الرأس (انظر القاموس) .

رأى ؛ لأن رؤية البعض من هذه الأشياء ، تعرف حال الباقى[١] .

وهذا إذا كان فى وعاء واحد ـ فأما إذا كان فى وعاءين: < فقد > اختلف المشايخ :

قال مشايخ بلخ : لا يكون رؤية أحدهما كرؤية الآخر ،لأنهما[٢] شيآن مختلفان[٣] إذا كانا فى وعاءين، فكانا كالثوبين .

وقال مشايخ العراق بأن رؤية أحدهما كرؤيتهما جميعا ، إذا كان مالم ير مثل المرئى .

وهكذا روى عن أبى يوسف ـ وهو الأصح ،

وهذا إذا كان المشترى مغيبا فى الوعاء ، فأما إذا كان مغيبا فى الأرض كالجزر ، والبصل ، والثوم ، والفجل ، والسلجم[٤] ، وبصل الزعفران، ونحو ذلك ـ < ف > فى أى وقت يسقط الخيار ؟.

لم يذكر هذا[٥] فى ظاهر الرواية .

وروى بشر[٦] عن أبى يوسف أنه قال: إذا كان شيئا يكال أو يوزن بعد القلع ، كالثوم ، والبصل ، والجزر[٧] ـ فإنه إذا قلع المشترى شيئا

---

(١) فى ب هنا تكرار .

(٢) فى ب : « ولنهما » .

(٣) « مختلفان » من ب و ح .

(٤) كذا فى ب .وفى ح :«والثلج».وفى الأصل :«والشلجم».والسلجم نبت ، ولا تقل : ثلجم ولا شلجم أو لغية (القاموس) .

(٥) « هذا » من ب .

(٦) راجع ترجمته فى الهامش ٤ ص ٩٨ .

(٧) فى ح : « والجوز » .

بإذن البائع.أو قلع البائع برضى المشترى:سقط خياره فى الباقى[١]،لأن رؤية بعض المكيل[٢] كرؤية الكل .

فأما إذا حصل القلع من المشترى بغير إذن[٣] البائع، لم يكن له أن يرد، سواء رضى بالمقلوع أو لم يرض . إذا كان المقلوع شيئا له قيمة عند الناس، لأنه بالقلع صار معيبا ، لأنه كان ينمو ويزيد . وبعد القلع لا ينمو ولا يزيد[٤] ويتسارع إليه الفساد ، وحدوث العيب فى المبيع فى يد المشترى، بغير صنعه ، يمنع الرد - فمع صنعه أولى .

وإن كان المغيب[٥] فى الأرض مما يباع عددا ، كالفجل، والسلق، ونحوهما، فرؤية البعض لا تكون كرؤية الكل ، لأن هذا من باب[٦] العدديات المتفاوتة ، فرؤية البعض لا تكفى ، كما فى الثياب[٧].

وإن قلع المشترى بغير إذنه : سقط خياره ، لأجل العيب ، إذا كان المقلوع شيئا له قيمة . فأما إذا لم يكن له[٨] قيمة:فلا يسقط خياره ، لأنه لا يحصل به العيب .

وذكر الكرخى ههنا مطلقا ، من غير هذا التفصيل ، وقال : إذا

---

(١) فى ب هنا تكرار .

(٢) فى ب : « القليع » . وفى ح : « القلع » .

(٣) « إذن » ساقطة من ح .

(٤) « ولا يزيد » ليست فى ب و ح .

(٥) فى ح : « المبيع » .

(٦) « باب » ليست فى ب و ح .

(٧) هنا تكرار فى ب .

(٨) « له » من ب و ح .

ولو نظر إلى فرج امرأته المطلقة طلاقا رجعيا، عن شهوة، في المرآة: لا يصير مراجعا، لما قلنا.

ولو اشترى سمكا في الماء يمكن أخذه من غير اصطياد، فرآه في الماء: قال بعضهم: يسقط خياره، لأنه رأى عين المبيع.

وقال بعضهم: لا يسقط ـ وهو الصحيح، لأن الشيء لا يرى في الماء كما هو، بل يرى أكثر[١] مما هو، فبهذه الرؤية لا تعرف حاله حقيقة.

ولو وكل رجلا بالنظر إلى ما اشتراه ولم يره، فيلزم العقد إن رضي، ويفسخ العقد إن شاء[٢] ـ قال: و[٣] يصح التوكيل، ويقوم نظره مقام نظره، لأنه[٤] جعل الرأي إليه.

ولو وكل بقبضه، فقبضه[٥]، فرآه ـ هل يسقط خيار الموكل؟ عند أبي حنيفة: يسقط. لأنه من تمام القبض. وعندهما: لا يسقط.

وأجمعوا أنه إذا أرسل رسولا بقبضه، فرآه الرسول، ورضي به: كان المرسل على خياره.

وأجمعوا في خيار العيب أنه[٦] إذا وكل رجلا بقبض المبيع، فقبض الوكيل، وعلم بالعيب، ورضي به: لا يسقط خيار الموكل.

---

(١) في حـ: «أكبر».
(٢) في ب: «ويفسخ إن شاء». وفي حـ: «إن رضي فيصح العقد لان شاء».
(٣) الواو من ب.
(٤) في حـ: «ولأن».
(٥) «فقبضه» من حـ. وفي ب: «فقبض ورآه».
(٦) «أنه» من حـ.

وأما خيار الشرط ، فلا رواية عن أبي حنيفة ، واختلف المشايخ :

قال بعضهم : على هذا الاختلاف .

وقال بعضهم : لا يسقط بالاتفاق .

. . .

وأما بيان ما يسقط به الخيار ـ فنقول :

إن خيار الرؤية لا يسقط بالإسقاط صريحا، بأن قال المشتري: «أسقطت خياري»[1] ـ كذا روى ابن رستم[2] عن محمد : لا[3] قبل الرؤية ولا بعدها ، بخلاف خيار الشرط وخيار العيب .

والفرق أن هذا الخيار ثبت شرعا ، لحكمة فيه[4]، فلا يملك العبد إسقاطه ، كما في خيار الرجعة : فإنه لو قال «أسقطت الرجعة وأبطلت»: لا تبطل ، ولكن إن شاء <راجع>[5]، وإن شاء تركها حتى تنقضي العدة ، فتبطل الرجعة ،حكما ـ بخلاف خيار الشرط :فإنه يثبت بشرطهما ، فجاز أن يسقط بإسقاطهما. وكذلك خيار العيب:فإن السلامة مشروطة من المشتري، عادة ، فهو كالمشروط صريحا .

ثم خيار الرؤية إنما يسقط بصريح الرضا ، ودلالة الرضا بعد الرؤية،

---

(١) كذا في ب و حـ . وفي الأصل : « خياره » .

(٢) هو ابراهيم بن رستم أبو بكر المرزوى ـ راجع ترجمته في الهامش ٦ ص ٤٦ من الجزء الأول .

(٣) في ب و حـ : « لا يسقط » .

(٤) « لحكمة فيه » من ب . وفي حـ : « بحكمة فيه » .

(٥) في ب و حـ : « رجع » . وفي الأصل : « يرجع » .

لا قبل الرؤية، ويسقط بتعذر[1] الفسخ، وبلزوم[2] العقد، حكما وضرورة، قبل الرؤية وبعدها، لما ذكرنا أنه لا يثبت في الأصل إلا بعد الرؤية[3]، فلا[4] يجوز أن يسقط بالرضا، صريحا ودلالة، إلا بعد ثبوته — حتى إنه إذا رأى وصلح له يجيزه[5]. وإن لم يصلح له[6] يرده، لأنه شرع نظرا له، ولكن إذا تعذر الفسخ بأي سبب كان، أو لزم العقد[7] بطريق الضرورة، سقط قبل الرؤية خياره أو بعدها، لأنه لا فائدة في ثبوت حق الفسخ. فالتزم[8] العقد ضرورة، ويجوز أن يثبت الشيء ضرورة، وإن كان لا يثبت قصدا، كالموكل: لا يملك عزل الوكيل. بدون علمه، قصدا، ويملك ضرورة[9]: بأن باع الموكل — بنفسه ليعزل[10] الوكيل.

إذا ثبت هذا تخرج عليه[11] المسائل:

— إذا وهب المبيع من غيره، ولم يسلمه، أو عرضه على البيع، ونحوهما[12]،

(١) كذا في ب و حـ . وفي الأصل: « بعذر » .

(٢) كذا في ب . وفي الأصل: « ولزوم » . وفي حـ: « وبلزمه » .

(٣) هنا تكرار في ب .

(٤) في حـ: « ولا » .

(٥) في ب و حـ: « يجيزه » .

(٦) « له » من حـ .

(٧) في حـ: « بأي سبب كان لزوم العقد » .

(٨) في ب: « فالتزم » . وفي حـ: « والتزم » .

(٩) في حـ: « بالضرورة » .

(١٠) في ب و حـ: « ينعزل » .

(١١) « عليه » من ب .

(١٢) كذا في ب . وفي الأصل و حـ: « ونحوها » .

قبل الرؤية : لا يسقط ، لأنه لا يسقط [١] بصريح الرضا فى هـذه الحالة ـ فكذا لا يسقط بدلالة الرضا[٢] .

ـ ولو أعتق المشترى العبد أو دبره[٣]أو دبر[٤] ، أو استولد الجارية: فإنه يسقط الخيار، قبل الرؤية وبعدها ، لأنه تعذر الفسخ ، لأن[٥] هذه حقوق لازمة ، أثبتها للعبد[٦] ، ومن ضرورة ثبوت الحق اللازم ، من المالك لغيره ، لزوم الملك له ، فثبت اللزوم ، شرعا ، ضرورة ثبوت الحق اللازم ، شرعا[٧] ، ومتى ثبت اللزوم تعذر الفسخ .

ـ ولو رهنه المشترى ولم يسلمه[٨] ، أو أجره من رجل ، أو باعه على أن المشترى بالخيار : سقط خياره قبل الرؤية ، وبعدها ـ حتى لو افتك الرهن ، أو مضت المدة[٩] فى الإجارة ، أو رده[١٠] على المشترى بخيار الشرط ، ثم رآه : لا يكون له الرد ، بخيار[١١] الرؤية ، لأنه أثبت حقا لازما ، لغيره ، بهذه التصرفات ، فيكون من ضرورته[١٢] لزوم الملك له ، وذلك بامتناع

---

(١) « لأنه لا يسقط » ليست فى حـ .
(٢) « الرضا » ليست فى حـ .
(٣) « أو دبره » ليست فى حـ .
(٤) « أو دبر » ليست فى ب .
(٥) فى ب و حـ : « ولأن » .
(٦) فى حـ : « لازم أثبتها العبد » .
(٧) « ضرورة ثبوت الحق اللازم شرعا » ليست فى حـ .
(٨) كذا فى ب . وفى الأصل و حـ : « ولم يسلم » .
(٩) « المدة » ليست فى حـ .
(١٠) الهاء من ب .
(١١) هكذا فى ب و حـ . وفى الأصل : « بخلاف خيار الرؤية » .
(١٢) فى حـ : « ضرورة » .

لا قبل الرؤية،ويسقط بتعذر[١] الفسخ، وبلزوم[٢] العقد ،حكما وضرورة، قبل الرؤية وبعدها،لما ذكرنا أنه لا يثبت فى الأصل إلا بعد الرؤية[٣]، فلا[٤] يجوز أن يسقط بالرضا،صريحا ودلالة، إلا بعد ثبوته ـ حتى إنه إذا رأى وصلح له يجيزه[٥] ، وإن لم يصلح له[٦] يرده ، لأنه شرع نظرا له ، ولكن إذا تعذر الفسخ بأى سبب كان،أو لزم العقد[٧] بطريق الضرورة ، سقط قبل الرؤية خياره أو بعدها ، لأنه لا فائدة فى ثبوت حق الفسخ، فالتزم[٨] العقد ضرورة ، ويجوز أن يثبت الشىء ضرورة ، وإن كان لا يثبت قصدا،كالموكل: لا يملك عزل الوكيل، بدون علمه، قصدا،ويملك ضرورة[٩]: بأن باع الموكل ـ بنفسه ليعزل[١٠] الوكيل.

إذا ثبت هذا تخرج عليه[١١] المسائل :

ـ إذا وهب المبيع من غيره،ولم يسلمه، أو عرضه على البيع،ونحوهما[١٢].

---

(١) كذا فى ب و حـ . وفى الأصل : « بعذر » .

(٢) كذا فى ب . وفى الأصل : « ولزوم » . وفى حـ : « ويلزمه » .

(٣) هنا تكرار فى ب .

(٤) فى حـ : « ولا » .

(٥) فى ب و حـ : « يجيزه » .

(٦) « له » من حـ .

(٧) فى حـ : « بأى سبب كان لزوم العقد » .

(٨) فى ب : « فالتزم » . وفى حـ : « والتزم » .

(٩) فى حـ : « بالضرورة » .

(١٠) فى ب و حـ : « ينعزل » .

(١١) « عليه » من ب .

(١٢) كذا فى ب . وفى الأصل و حـ : « ونحوها » .

قبل الرؤية : لا يسقط ، لأنه لا يسقط [١] بصريح الرضا فى هذه الحالة ـ فكذا لا يسقط بدلالة الرضا [٢] .

ـ ولو أعتق المشترى العبد أو دبره [٣] أو دبر [٤] ، أو استولد الجارية: فإنه يسقط الخيار، قبل الرؤية وبعدها ، لأنه تعذر الفسخ ، لأن [٥] هذه حقوق لازمة، أثبتها للعبد [٦] ، ومن ضرورة ثبوت الحق اللازم، من المالك لغيره ، لزوم الملك له ، فثبت اللزوم، شرعا، ضرورة ثبوت الحق اللازم، شرعا [٧] ، ومتى ثبت اللزوم تعذر الفسخ .

ـ ولو رهنه المشترى ولم يسلمه [٨] ، أو أجره من رجل، أو باعه على أن المشترى بالخيار : سقط خياره قبل الرؤية، وبعدها ـ حتى لو افتك الرهن، أو مضت المدة [٩] فى الإجارة، أو رده [١٠] على المشترى بخيار الشرط ، ثم رآه: لا يكون له الرد، بخيار [١١] الرؤية، لأنه أثبت حقا لازما، لغيره، بهذه التصرفات ، فيكون من ضرورته [١٢] لزوم الملك له ، وذلك بامتناع

(١) « لأنه لا يسقط » ليست فى حـ .
(٢) « الرضا » ليست فى حـ .
(٣) « أو دبره » ليست فى حـ .
(٤) « أو دبر » ليست فى ب .
(٥) فى ب و حـ : « ولأن » .
(٦) فى حـ : « لازم أثبتها العبد » .
(٧) « ضرورة ثبوت الحق اللازم شرعا » ليست فى حـ .
(٨) كذا فى ب . وفى الأصل و حـ : « ولم يسلم » .
(٩) « المدة » ليست فى حـ .
(١٠) الهاء من ب .
(١١) هكذا فى ب و حـ . وفى الأصل : « بخلاف خيار الرؤية » .
(١٢) فى حـ : « ضرورة » .

ثبوت الخيار ، فيبطل ضرورة ، لأنه لا فائدة فيه .

وفي خيار العيب: لا يسقط بهذه التصرفات ، لأن ثمة العقد لازم. مع العيب. بعد القبض، حتى لا يمكنه الرد إلا بقضاء أو رضا[١] . وإذا كان لازما. فلا يسقط الخيار ، لضرورة اللزوم ، وإنه لازم .

- وعلى هذا: < ف > المشتري إذا كاتب، ثم عجز العبد، ورد[٢] في الرق، ثم رآه: لا يثبت له خيار الرؤية ، لأن الكتابة عقد لازم[٣] .

- وكذلك لو وهب، وسلم، قبل الرؤية، لأنه بالتسليم أثبت حقا لازما، فإنه لا يقدر على الرجوع إلا بقضاء أو رضا .

. . .

هذا إذا كان المشتري بصيرا .

أما إذا كان المشتري أعمى حتى ثبت له الخيار ، بسبب جهالة الأوصاف، لعدم الرؤية: < ف > بماذا يسقط خياره؟ اختلفت الروايات عن أصحابنا فيه: والحاصل[٤] أن ما يمكن[٥] جسه ، وذوقه ، وشمه : يكتفى بذلك ، لسقوط[٦] خياره ، في أشهر الروايات ، ولا يشترط بيان الوصف له، ويكون بمنزلة نظر[٧] البصير - وفي رواية هشام عن محمد أنه يعتبر الوصف، مع ذلك ، لأن التعريف الكامل في حقه يثبت بهذا .

---

(١) زاد هنا في ب و حـ : « وههنا بخلافه » .

(٢) في ب : « ورده » .

(٣) زادهنا في حـ : « في حق المولى » .

(٤) هكذا في ب و حـ . وفي الأصل : « بالحاصل » .

(٥) في حـ : « إذا كان يمكن » .

(٦) في حـ كذا : « لسقوط الجهالة خياره » .

(٧) في ب : « بمنزلة رؤية » . وفي حـ : « بمنزلة النظر من » .

أما مالا يمكن جسه، بأن[١] اشترى ثمارا على رؤوس الأشجار : فإنه يعتبر فيه الوصف ، لا غير ، في أشهر الروايات - وفي رواية: يوقف في مكان لو كان بصيرا لرأى ذلك .

وأما إذا كان المبيع دارا أو عقارا : فالأصح من[٢] الروايات أنه يكتفي[٣] بالوصف ، فإذا رضي به كان بمنزلة النظر من البصير .

وقالوا في الأعمى: إذا اشترى شيئا ،فوصف له ،ورضي[٤] بذلك، ثم زال العمى ، فلا خيار له ، لأن الوصف خلف عن الرؤية في حقه ، والقدرة على الأصل، بعد حصول المقصود بالبدل، لا تسقط حكم[٥] البدل.

ولو اشترى البصير شيئا لم يره ،فوصف له ،فرضي[٦] به، لم يسقط خياره، لأنه لا عبرة للخلف مع القدرة على الأصل .

ولو اختلف البائع والمشتري فقال البائع :«بعتك هذا الشيء، وقد رأيته» وقال المشتري :« لم أره » - فالقول قول المشتري ،لأن البائع يدعي عليه إلزام العقد ، وهو منكر ، فيكون القول قوله ، ويستحلف المشتري ، لأن البائع يدعي عليه سقوط حق الفسخ ، ولزوم العقد، وهذا مما يصح بذله والإقرار به ، فيجري فيه الاستحلاف .

---

(١) في ب و حـ :« كما إذا » .
(٢) في حـ : « في » .
(٣) زاد هنا في ب :« منه ». وفي حـ :« فيه ».
(٤) في حـ :« فرضي » .
(٥) زاد هنا في حـ :« حق » .
(٦) في ب :« ورضي » .

ولو رأى عبدا أو دابة، ثم اشترى بعد ذلك بشهر أو نحوه ، فلاخيار له ، لأنه اشترى شيئا قد رآه ، وثبوت هذا الخيار معلق بشراء شيء لم يره، ولأن ما هو المقصود من الخيار قد ثبت ، فكان الإقدام على الشراء دلالة الرضا.

ولو اختلففقال المشترى:«قد تغير عن الحالة التى رأيته[١]»والبائع ينكر : فالقول قول البائع مع يمينه ، لأن دعوى التغيير إما أن تكون دعوى العيب أو دعوى تبدل هيئته فيما يحتمل التبدل[٢]،وهذا دعوى أمر عارض، فيكون القول قول من تمسك بالأصل[٣].

(١) فى ب :« رأيت» .

(٢) فى ح :« البدل » .

(٣) زاد فى ب :« والله تعالى أعلم ».

باب

خيار العيب

الكلام فيه في مواضع :

في بيان شرعية [1] خيار العيب.

وفي بيان العيوب التي توجب الخيار : جملة ، وتفصيلا .

وفي بيان كيفية الرد [2] .

وفي بيان ما يمنع الرد ، ويسقط الخيار ،

وفي بيان ما يمنع الرجوع بنقصان العيب ، ومالا يمنع ،

وفي بيان الإبراء عن العيوب .

أما الأول

فلأن سلامة البدلين ، في عقد المبادلة ، مطلوبة عادة . فتكون بمنزلة المشروط صريحا. ولو اشترى جارية على أنها بكر أو خبازة ، ولم توجد [3] : ثبت الخيار ، لفوات [4] غرضه - كذا هذا .

. . .

و [5] أما بيان العيوب الموجبة للخيار في الجملة - فنقول :

كل ما أوجب نقصان القيمة والثمن في عادة التجار : فهو عيب يوجب الخيار .

---

(1) في ب : « مشروعية » .

(2) « وفي بيان كيفية الرد » من حـ . وهي في ب ما عدا كلمة « بيان » .

(3) في حـ : « ولم يوجد » .

(4) في ب : « بفوات » .

(5) « و » من ب و حـ .

ومالا يوجب نقصان القيمة والثمن [١]: فليس بعيب .

وأما تفصيل العيوب :

فهى على نوعين :

أحدهما : ما يوجب فوات جزء من المبيع، أو تغييره، من حيث الظاهر، دون الباطن .

والثانى : ما يوجب النقصان، من حيث المعنى، دون الصورة .

أما [٢] **الأول** ـ فكثير، نحو: العمى، والعور، والشلل، والزَّمَانة [٣]، والإصبع الناقصة، والسن السوداء، و [٤] السن الساقطة، <والسن> الشاغية [٥]. والظفر الأسود، والصمم، والخرس، والبكم، والقروح، والشجاج، وأثر الجراح، والأمراض كلها التى تكون فى سائر البدن، والحميات ـ وهذا كله ظاهر .

وأما الثانى ـ فنحو: السعال القديم، وارتفاع الحيض فى زمان طويل أدناه شهران [٦] فصاعدا فى الجوارى .

---

(١) « فهو عيب يوجب ... القيمة والثمن » ساقطة من حـ .

(٢) « أما » من ب و حـ .

(٣) يقال زَمِن الشخص زَمَانة إذا مرض مرضا يدوم زمانا طويلا (المصباح) .

(٤) هكذا فى ب و حـ . وفى الأصل : « أو » .

(٥) « الشاغية » من ب . والسن الشاغية هى التى تزيد على الأسنان وتخالف منبتها منبت غيرها . وقيل الشغى أن تتقدم الأسنان العليا على السفلى . وقيل للسن الشاغية معنيين: أحدهما أن تكون زائدة . والثانى أن تكون أطول أو أكبر أو مخالفة لمنبت التى تليها (المصباح) .

(٦) فى حـ كذا : « شهرا » .

ومنها ـ صُهُوبة[١] الشعر، والشَّمَط[٢]. والشيب: فى العبيد والجوارى.

والبَخَر[٣] عيب فى الجوارى، دون العبيد، إلا أن يكون فاحشاً، أو يكون عن داء. وكذلك الدَّفَر[٤].

ومنها ـ الزنا: عيب فى الجوارى، دون الغلمان، إلا إذا كثر ذلك منهم، وصار عادة لهم: فيكون عيبا.

وكذا كونه ولد الزنا: يكون عيباً فى الجوارى، دون العبيد.

والحبل عيب فى الجارية، لا فى البهائم.

والنكاح فى الغلام، والجارية: عيب.

والكفر عيب: فى الجارية، والغلام.

ومن هذه الجملة: الإباق، والسرقة، والبول فى الفراش، والجنون: وحاصل الجواب فيها[٥] أنها فى الصغير الذى لا يعقل ولا يأكل وحده: لا تكون عيباً، لأنه[٦] لا يعرف الامتناع من هذه الأشياء، فلا يثبت به وجود العيب بالاحتمال. فأما إذا كان صبياً عاقلاً، فإنه يكون عيباً. ولكن عند اتحاد الحالة: يثبت حق الرد، لا عند الاختلاف، بأن ثبت أنه

---

(١) أى احمراره (المصباح).

(٢) الشَّمَط بياض شعر الرأس يخالط سواده (مختار الصحاح).

(٣) البَخَر نتن ريح الفم ـ يقال هو أبخر وهى بخراء (المصباح).

(٤) الدَّفَر نتن الريح (المصباح).

(٥) أى فى الإباق والسرقة والبول فى الفراش. أما الجنون فسيأتى الكلام عليه وحده عقب الكلام على الأولى. وفى ب و حـ: «فيه».

(٦) فى ب: «لأنها».

أبق[١] عند البائع ، ثم يأبق عنـد المشترى : كلاهما فى حالة الصغر ، أو كلاهما فى حالة الكبر ، لأن سبب وجود هذه الأشياء فى حالة الصغر عيب . وهو : قلة المبالاة . وقصور العقل ، وضعف المثانة ، وفى حال الكبر يكون السبب سوء اختياره ، وداء فى الباطن[٢] . فإذا اتفق الحالان : علم أن السبب واحد ، فيكون هذا العيب ثابتاً عند البائع . فأما اذا اختلف ، فلا يعرف ، لأنه يجوز أن يزول الذى كان عند البائع ثم < ي > حدث النوع الآخر ، عند المشترى ، فلا يكون[٣] له حق الرد ـ كالعبد اذا حم عند البائع ثم حم عند المشترى : فإن كان هذا الثانى غير ذلك النوع : لا يثبت حق الرد[٤] ، وإن كان من نوعه ثبت حق الرد ـ كذا هذا .

فأما الجنون : إذا ثبت وجوده عند البائع < ف > هل يشترط وجوده ثانياً عند المشترى ؟ ليس فيه رواية نصا[٥] . واختلف المشايخ :

< ف > بعضهم قالوا : لا يشترط ، لأن محمدا قال : الجنون عيب لازم أبدا ، فلا يشترط وجوده ثانيا عند المشترى ، بخلاف السرقة والإباق والبول فى[٦] الفراش : فإنه ، ما لم يوجد عند المشترى ، لا يثبت حق الرد .

وقال بعضهم : لا يكون[٧] له حق الرد ما لم يوجد[٨] ثانيا عند المشترى ،

---

(١) فى حـ : « فإنه ثبت أنه عبد أبق » .
(٢) فى ب : « فى البطن » .
(٣) فى حـ : « فلا يجوز » .
(٤) « كالعبد إذا حم ... الرد » من ب و حـ ـ إلا أن فى حـ : « حى » .
(٥) فى ب و حـ : « أيضاً » .
(٦) فى حـ : « على » .
(٧) فى ب : « لا يثبت » .
(٨) فى حـ : « ما لم يكن » .

كما فى الإباق ونظائره . إلا أن الفرق أن فى الجنون : لايشترط اتحاد الحالة . فإن[١] جن عند البائع ، وهو صغير[٢] ، ثم جن عند المشترى بعد البلوغ : فإنه يثبت حق الرد؛ <و> فى الإباق ونظيره: لايثبت حق الرد ، إلا عند اتحاد الحالة ـ على ما ذكرنا .

وأما كيفية الرد ـ فنقول:

إن المشترى إذا ادعى عيبا بالمبيع ، فلا يخلو من ثلاثة أوجه[٣] :

إما أن يكون عيبا ظاهرا مشاهدا، كالإصبع الزائدة . والسن الشاغية الزائدة[٤] ، والعمى ، ونحوها[٥] .

أو كان عيبا باطنا ، فى نفس الحيوان ، لا يعرفه إلا الأطباء .

أو يكون فى موضع لا يطلع عليه الرجال ، ويطلع عليه النساء .

أو يكون عيبا لا يعرف بالمشاهدة ، ولا بالتجربة والامتحان ، عند الخصومة . وذلك كالإباق ، والسرقة ، والبول على الفراش ، والجنون .

أما إذا كان عيبا[٦] مشاهدا ـ فإن القاضى لايكلف المشترى بإقامة البينة على إثبات العيب عنده؛ لكون العيب ثابتا، عنده ؛ بالعيان والمشاهدة .

(١) فى ب : « بأن » .

(٢) فى ب و حـ : « وهو صغير عاقل » .

(٣) اعتبرهما السرخسى أربعة فقال : « ثم العيوب التى يطعن المشترى بها أنواع أربعة » المبسوط ، ١٣ : ١١٠ ، وكذا ابن الهمام ، فتح القدير ، ٥ : ١٧٣ . ولعل الصحيح هنا أيضا أن تكون أربعة كما يتبين مما يلى .

(٤) «الزائدة» ليست فى ب و حـ . وقد تقدم تعريف « السن الشاغية » فى الهامش ٥ ص ١٣٦ .

(٥) فى ب : « ونحوه » .

(٦) « عيبا » من ب و حـ .

ويكون للمشترى حق الخصومة، مع البائع، بسبب هذا العيب[١]، فبعد هذا: القاضى ينظر فى العيب الذى يدعى: فإن كان عيبا لا يحدث مثله فى يدى المشترى، كالإصبع الزائدة ونحوها: فإنه يرد على البائع، ولا يكلف المشترى بإقامة البينة على ثبوت العيب عند البائع، لأنه تيقن ثبوته[٢] عنده، إلا أن يدعى البائع الرضا و[٣] الإبراء، فيطلب منه البينة، <ف> إن أقام البينة عليه[٤]. وإلا فحينئذ يستحلف المشترى على دعواه: فإن[٥] نكل لم[٦] يرد عليه. وإن حلف، رد على البائع: فإن كان عيبا، يجوز أن يحدث مثله فى يد المشترى، فإن القاضى يقول للبائع «هل حدث هذا عندك؟» فإن قال «نعم» قضى عليه بالرد، إلا أن يدعى الرضا والإبراء، وإن أنكر الحدوث عنده، فإنه يقول المشترى «ألك بينة؟» فإن أقامها قضى عليه بالرد، إلا أن يدعى الرضا والإبراء[٧]. وإن لم يكن له بينة: ذكر فى «الأصل» وقال: يستحلف البائع على البتات[٨] بالله: «لقد بعته، وسلمته، ومابه[٩] هذا العيب» لأن هذا أمر لو أقر به لزمه،

---

(١) فى ب: «البيع».
(٢) هكذا فى ب و حـ. وفى الأصل: «بثبوته».
(٣) فى ب: «أو».
(٤) «إن أقام البينة عليه» ليست فى ب. و «إن أقام البينة» ليست فى حـ.
(٥) هكذا فى ب و حـ. وفى الأصل: «وإن».
(٦) «لم» ليست فى ب.
(٧) هنا فى حـ تكرار.
(٨) أى على القطع والجزم، لا على مجرد نفى العلم.
(٩) «وما به» غير واضحة فى الأصل، ولكنها واضحة فى ب و حـ.

فإذا أنكر، يحلف، لصدق[١] قوله، وإنما يحلف على هذا الوجه، لأن العيب قد يحدث بعد البيع قبل القبض، فيثبت[٢] له حق الرد، فلا بد من ذكر البيع والتسليم.

ثم من المشايخ من قال: لا يجب أن يستحلف هكذا، لأنه[٣] يبطل حق المشترى، في الرد، في بعض الأحوال، لأنه يكون للمشترى حق الرد بعيب حادث بعد البيع قبل القبض، فمتى حلف على هذا الوجه لم يحنث، إذا حدث[٤] العيب قبل القبض، لأن شرط الحنث وجود العيب عند البيع والقبض جميعا، ولكن الاحتياط للمشترى أن يحلف البائع بالله: «ما للمشترى رد السلعة[٥] بهذا العيب الذى يدعى»، وقيل: يحلف بالله «لقد سلمته وما به هذا العيب الذى يدعى».

ومنهم من قال بأن[٦] ما ذكر محمد صحيح مع إضمار زيادة فى كلامه، فيحلف البائع بالله «لقد بعته وسلمته وما به هذا العيب[٧] لا عند البيع ولا عند التسليم» إلا أن محمد اختصر كلامه. والاختصار ثابت فى اللغة[٨] فيحمل كلامه عليه.

---

(١) فى ب: «فحلف يصدق». وفى حـ: «حلف لصدق».

(٢) «فيثبت» غير واضحة فى الأصل. ولكنها واضحة فى ب و حـ.

(٣) فى ب كذا: «لا» و «نه» ساقطة. فصارت: «لا يبطل».

(٤) فى حـ: «أحدث».

(٥) فى ب: «حق الرد السلعة».

(٦) «بأن» من حـ.

(٧) «الذى يدعى ومنهم من قال ... وما به هذا العيب» ساقطة من ب.

(٨) فى ب: «والاختصار من باب اللغة». وفى حـ: «والاختصار باب من اللغة».

وأما إذا كان العيب باطنا لا يعرفه إلا الخواص من الناس ، كالأطباء والنخاسين - فإنه يعرف ذلك ممن له بصارة في ذلك الباب : فإن اجتمع على ذلك العيب رجلان مسلمان ، أو قال ذلك رجل مسلم عدل ، فإنه يقبل قوله ، ويثبت العيب في حق إثبات الخصومة ، ثم بعد هذا يقول القاضي للبائع : « هل حدث عندك العيب الذي يدعى؟[1] فإن قال « نعم » قضى عليه بالرد ، وإن أنكر يقيم المشترى البينة ، فإن[2] لم يكن له بينة استحلف البائع على الوجه الذي ذكرنا : فإن حلف : لم يرد عليه ، وإن نكل : قضى عليه بالرد ، إلا أن يدعى الرضا أو[3] الإبراء .

وإن كان العيب مما لا يطلع عليه[4] الرجال ، ويطلع عليه النساء - فإنه يرجع إلى قول النساء ، فترى امرأة مسلمة[5] ، عدلة[6] ، والثنتان أحوط .

فإذا[7] شهدت على العيب ، ففي هذه المسألة عن أبي يوسف روايتان ، وكذا عن محمد روايتان :

في رواية فرق أبو يوسف بين ما إذا كان المبيع في يد البائع أو في يد

---

(١) « العيب الذي يدعى » من ب . وفي الأصل و حـ : « عندك عيب » (فقط) .

(٢) « أنكر يقيم المشترى البينة فإن » ليست في ب و حـ .

(٣) في ب و حـ : « و »

(٤) « عليه » من ب و حـ وليست في الأصل .

(٥) في ب : « سليمة » .

(٦) هكذا في ب . وفي الأصل : « عدلا » . وفي حـ : « عدل » .

(٧) في ب : « فإن » .

المشترى ـ فقال : إن كان فى يد البائع ، رد [١] المبيع بشهادتها [٢] ، لأن مالا يطلع عليه الرجال فقول المرأة الواحدة بمنزلة البينة، فيثبت العيب بقولها ، و [٣] العيب الموجود عند البائع . يفسخ [٤] به البيع . وإن كان بعد القبض، أقبل [٥] قولها [٦] فى حق [٧] إثبات الخصومة، ولا أقبل فى حق الرد على البائع . لأن المبيع وجد [٨] معيبا فى ضمان المشترى [٩] فلا أنقل الضمان إلى البائع ، بقول النساء ، ولكن أثبت حق الخصومة ليثبت الاستحقاق [١٠] .

وفى رواية قال : إن كان العيب مما لا يحدث مثله : يفسخ بقولهن، لأن العيب قد ثبت بشهادتهن، وقد علمنا كون العيب عند البائع بيقين، فيثبت حق الفسخ . وإن كان عيبا يحدث [١١] مثله ، لم يثبت حق الفسخ بقولهن، لأن هذا مما يعلم من جهة غيرهن [١٢] .

---

(١) فى حـ كذا : « ردوا » .

(٢) فى حـ : « شهادتها » . وفى ب : « فشهادتها » .

(٣) فى ب : « بقولها فى العيب » .

(٤) فى حـ : « ويفسخ » .

(٥) فى حـ : « يقبل » .

(٦) فى ب : « قولها » .

(٧) « فى حق » من حـ .

(٨) فى الأصل بين كلمة « المبيع » وكلمة « وجد » إشارة تدل على وجود نقص مستدرك فى الهامش، وفى الهامش لا يظهر إلا مؤخر كلمتين هما فى نظرنا « ضمان المشترى » .

(٩) فى ب و حـ : « لأن المبيع دخل فى ضمان المشترى... الخ »

(١٠) فى ب : « ولكن أثبت فى حق الخصومة بسبب الاستحلاف » .

(١١) فى ب : « حدث » . وفى حـ : « فإن كان لا يحدث » .

(١٢) فى ب : « مما يعلم من جهة غير هذا » . وفى حـ : « ما يعلم من وجه غير هذا » .

وأما عن محمد : <ف>فى رواية قال : لا يفسخ بقولهن بحال . وفى رواية: يفسخ قبل القبض وبعده، بقولهن، لأن قولها[١] فيما لا يطلع عليه الرجال[٢]، كالبينة ، كما فى النسب .

وأما العيب الذى ليس بمشاهد عند الخصومة ولا يعرف بقول الناس، كالإباق والجنون والسرقة والبول على الفراش ـ فقد ذكرنا أنه لا بد من ثبوت العيب عند المشترى وعند البائع عند اتحاد الحالة. إلا فى الجنون: فإن اتحاد الحال ليس بشرط فى الجنون .

فإن أقام المشترى[٣] البينة على حدوث العيب عنده[٤]، فإنه يقول القاضى للبائع: « هل أبق عندك؟» فإن قال « نعم »، قضى عليه بالرد ، إلا أن يدعى الرضا أو[٥] الإبراء ؛ وإن أنكر الإباق أصلا ، و[٦] ادعى اختلاف الحالة ، يقول القاضى للمشترى « ألك بينة ؟» فإن قال « نعم » وأقام البينة على ما يدعى ، قضى عليه بالرد ، وإن قال «لا» يستحلف البائع بالله «ما أبق عندك قط منذ بلغ ، ولا جن عندك قط » فإن حلف انقطعت[٧] الخصومة بينهما ، وإن نكل عن اليمين قضى عليه[٨] بالرد .

---

(١) فى ح : « قولهن » . وفى ب : « قولها » .

(٢) « الرجال » ليست فى ح

(٣) « المشترى » من ب و ح .

(٤) « عنده » ليست فى ب .

(٥) فى ح : « و » .

(٦) فى ب و ح : « أو » .

(٧) التاء من ب و ح .

(٨) « قضى عليه » ليست فى ب .

وإن لم يجد المشترى بينة على إثبات أصل العيب عند نفسه ، هل يستحلف القاضي البائع على ذلك أم لا ؟.

لم يذكر في بيوع الأصل [١] و [٢] . وذكر في الجامع [٣] وقال: يستحلفه على قول أبي يوسف ومحمد [٤] ولم يذكر قول أبي حنيفة [٥] ـ < فمن المشايخ > من قال [٦] : يستحلف ، بلا خلاف . ومنهم من قال : هذه المسألة على الاختلاف : < فـ > قول أبي حنيفة [٧] : لا يستحلف : نص عليه في كتاب التزكية ، على مايعرف في الجامع [٨] ـ والله أعلم .

ثم كيف يستحلف ؟ قالوا: يستحلف على العلم ، لأنها يمين ، على [٩]

---

(١) في ب : « لم يذكر في البيوع في الأصل » . وفي حـ : « لم يذكر في البيوع ثبوته في الأصل » .

(٢) أضاف في الأصل : « وذكر هنا وقال يستحلفه » . وفي ب : « وذكر هنا وقال يستحلف » . وفي حـ : « وذكر ههنا : يستحلفه » والظاهر لنا أنها سبق قلم من الناسخ إذ لم ترد في الكاساني (٥ : ٢٧٩ : ٢٠) وراجع أيضا : المرغيناني ، الهداية ، ٥ : ١٧١ . والهامش ٨ الآتي .

(٣) انظر : محمد ، الجامع الكبير ، ص ٢١١ ـ ٢١٢ .

(٤) هكذا في ب و حـ . وفي الأصل : « على قولهما » .

(٥) « أبي حنيفة » من ب و حـ . وهي غير واضحة في الأصل

(٦) في حـ : « منهم من قال » ـ انظر الهامش التالي والذي بعده .

(٧) « منهم من قال يستحلف ... على قول أبي حنيفة » ليست في ب .

(٨) لعله يقصد شرحه للجامع الكبير ، راجع : التحفة ، حـ ١ ، ص ٢١ من المقدمة ـ قال الكاساني (٥ : ٢٧٩ : ٢٠) : « هل يستحلف البائع ؟ لم يذكر في الأصل ، وذكر في الجامع أنه يستحلف في قول أبي يوسف ومحمد . وسكت عن قول أبي حنيفة . < و > عن المشايخ من قال: يستحلف بلا خلاف بينهم والتنصيص على قولهما لا يدل على أن أبا حنيفة يخالفهما . ومنهم من قال : المسألة على الاختلاف ذكرت في النوادر . وذكر الطحاوي أيضا أن عند أبي حنيفة لا يستحلف ، وعندهما يستحلف » راجع أيضا : المرغيناني ، الهداية ، ٥ : ١٧١ ، وكذا البابرتي ، وابن الهمام ، عليه ، نفس الصفحة .

(٩) في ب : « في » .

غير فعله: « بالله ما يعلم أن هذا العيب موجود في هذا[١] العبد الآن[٢] ». فإن نكل عن اليمين: ثبت العيب عند المشترى، فيثبت له حق الخصومة. و[٣] إن حلف: برئ».

. . .

وأما ما يبطل حق الرد ويمنع وجوب الأرش، وما لا يمنع ـ فنقول:

أصل الباب أن الرد بالعيب يمتنع بأسباب:

منها ـ **حدوث العيب عند المشترى** عندنا ـ خلافا لمالك، والشافعي في أحد قوليه.

والصحيح قولنا. لأن المبيع خرج عن ملكه معيبا بعيب واحد، فلو رد، يرد بعيبين[٤]. وشرط الرد أن يرد على الوجه الذى أخذ، ولم يوجد.

ومنها ـ **الزوائد المنفصلة المتولدة من العين بعد القبض**، كالولد، والثمرة، **أو المستفادة**[٥] **بسبب العين**، كالأرش والعقر: تمنع الرد بالعيب، وسائر أسباب الفسخ، كالإقالة، والرد بخيار الرؤية، والشرط ـ في قول علمائنا.

وقال الشافعي: لا تمنع.

---

(١) « هذا » ليست في ب.

(٢) « الآن » ليست في حـ.

(٣) « و » ليست في حـ.

(٤) في حـ كذا: « ولو رد يرد والعقر تعيين » وفي ب: « فلو رد لرد تعيين ».

(٥) في ب: « والثمرات المستفادة » وفي حـ: « والثمر والمستفاد ».

وأجمعوا أن الكسب أو الغلة، التي تحدث بعد القبض: لا تمنع فسخ العقد [١].

وأجمعوا أن الزوائد المنفصلة قبل القبض: لا تمنع الفسخ، بل يفسخ [٢] على الأصل والزوائد جميعا [٣].

فأما في الزوائد المتصلة، كالسمن، والجمال ونحوهما، وقد حدثت بعد القبض - فإنه لا يمنع الرد بالعيب إذا رضي المشتري، لكونها تابعة للأصل حقيقة، وقت الفسخ، فإذا انفسخ العقد على الأصل، ينفسخ فيها [٤] تبعا.

فأما إذا أبى المشتري أن يرد [٥]، وأراد الرجوع [٦] بنقصان العيب وقال البائع: «لا أعطيك نقصان العيب ولكن رُدّ عليّ المبيع: حتى أرد عليك الثمن [٧]» - هل للبائع ذلك؟

على قول أبي حنيفة وأبي يوسف [٨]: ليس له ذلك.

وعلى قول محمد: له ذلك.

---

(١) زاد في ب و ح هنا: «على الأصل».
(٢) «بل يفسخ» ليست في ب.
(٣) «جميعا» ليست في ب.
(٤) هكذا في ب و ح. وفي الأصل: «فيهما».
(٥) في ب: «يرده».
(٦) في ب: «وأراد أن يرجع عليه».
(٧) في ب و ح: «جميع الثمن».
(٨) هكذا في ب و ح. وفي الأصل: «قولها».

وهذا لأن الزيادة المتصلة ، بعد القبض ، تمنع فسخ العقـد ، على الأصل ، إذا لم يوجد الرضى ممن [١] له الحق فى الزيادة عندهما ، وعند محمد لا تمنع ـ كما فى مسألة المهر : إذا ازداد زيادة متصلة ، بعد القبض ، ثم طلقها الزوج ، قبل الدخول بها ـ على ما نذكر فى كتاب النكاح .

ومنها ـ تعذر الفسخ بأسباب مانعة من الفسخ ـ على ما عرف .

ومنها ـ الرضى بالعيب ، صريحاً أو دلالة [٢] ، على ما ذكرنا فى خيار الشرط ؛ أو وصول عوض الفائت ، إليه ، حقيقة أو اعتباراً . وكان للمشترى حق الرجوع بنقصان العيب فى المواضع التى امتنع الرد [٣] ، إلا إذا وجـد الرضا صريحاً أو دلالة ، أو وصل إليه العوض حقيقة أو اعتباراً ، لأن ضمان النقصان بدل الجزء الفائت [٤] ، فإذا رضى بالعيب ، فقد رضى بالمبيع القائم ، بجميع الثمن ، بدون الجزء الفائت ، فلا يجب شىء ؛ وإذا حصل العوض [٥] ، فكأن الجزء الفائت صار قائماً معنى ، بقيام خلفه [٦] .

. . .

هذا الذى ذكرنا إذا كان المشترى عاقداً لنفسه .

فأما إذا كان عاقداً لغيره : <ف> إن كان ممن يجوز أن يلزمه الخصومة ، كالوكيل ، والشريك ، والمضارب ، والمأذون ، والمكاتب ،

---

(١) فى ب كذا : « ثم » .

(٢) « دلالة » ساقطة من ب .

(٣) « فى المواضع التى امتنع الرد » وردت فى ب و حـ قبل « وكان المشترى حق الرجوع ... » وهذه فى ب : « أو كان المشترى ... » .

(٤) فى ب : « والفائت » .

(٥) فى حـ : « فإذا حصل القرض » .

(٦) فى ب : « لقيام بدله » .

فالخصومة تلزمه . ويرد [١] عليه بالعيب بالحجة [٢] ، لأنها من حقوق العقد، وحقوق العقد [٣] ترجع إلى العاقد إذا كان ممن يلزمه الخصومة، كالعاقد لنفسه ، فما قضى [٤] به على العاقد رجع به على من وقع له العقد ، لكونه قائماً مقامه ، إلا [٥] المكاتب والمأذون ، فإنهما لا يرجعان على المولى ، ولكن الدين يلزم المكاتب ، ويباع فيه المأذون . لأنهما يتصرفان لأنفسهما ، فلا يرجعان على غيرهما .

فأما القاضي والإمام إذا عقدا بحكم الولاية ، أو أمينهما بأمرهما ، لم يلزمهم الخصومة . ولم يصيروا [٦] خصماً في الباب ، إلا أنه ينصب خصماً يخاصم [٧] في ذلك ، فما [٨] قضى به عليه [٩] رجع في مال من وقع التصرف له ، وإن كان التصرف للمسلمين رجع في بيت مالهم .

فأما العاقد إن كان صبياً محجوراً، أو عبداً محجوراً بإذن إنسان، في بيع [١٠] أو شراء، فلا خصومة عليهما ولا ضمان، وإنما الخصومة على من وكلهما في ذلك

---

(١) في حـ : « والخصومة تلزمه فيرد » .

(٢) في حـ : « لا بالحجة » .

(٣) « وحقوق العقد » ساقطة من حـ .

(٤) هكذا في ب . وفي حـ : « فيما يقضي » . وفي الأصل : « رضي » .

(٥) « إلا » من ب و حـ .

(٦) في ب : « لم يلزمهما ولم يصيرا » .

(٧) في ب : « مخاصما » .

(٨) في حـ : « فيما » .

(٩) في ب : « فما قضى له عليه به » .

(١٠) هكذا في ب و حـ . وفي الأصل : « بيبيع » .

التصرف ، لأن حكم العقد وقع للموكل ، والعاقد ليس من أهل لزوم العهدة [١] ، فيقوم مقامه فى مباشرة التصرف لا غير ، بمنزلة [٢] الرسول والوكيل فى النكاح .

• • •

وأما البراءة عن العيوب - < فنقول > :

جملة [٣] هذا أنه إذا باع شيئاً على أن البائع برىء عن كل عيب ، فعم ولم يخص شيئاً [٤] من العيوب ، فإن البيع جائز ، والشرط جائز ، فى قول علمائنا - حتى لو وجد المشترى به عيباً فأراد أن يرده ، فليس له ذلك .

وقال الشافعى : البراءة عن كل عيب لا يصح ، ما لم يسم العيب فيقول : « عن عيب كذا » .

وكذلك على هذا الخلاف البراءة [٥] ، والصلح عن الديون المجهولة [٦] .

وإذا لم يصح البراءة عن كل عيب عنده - هل يفسد العقد به أم لا ؟ فله فيه [٧] قولان :

فى قول : يبطل العقد أيضاً .

وفى قول : يصح العقد ، ويبطل الشرط .

(١) فى حـ : « العقد » .
(٢) فى حـ : « فيصير بمنزلة » .
(٣) هكذا فى حـ . وفى الأصل و ب : « وجملة » .
(٤) فى حـ كذا : « عن كل عيب يعم ولم يبين شيئا » .
(٥) فى حـ : « والبراءة » .
(٦) فى حـ : « الدين المجهول » .
(٧) « فيه » من ب و حـ .

وقال ابن أبي ليلى : ما لم يبين العيب ، ويضع يده على العيب ، ويقول : « أبرأتك عن هذا العيب » ـ فإنه لا يصح الإبراء .

ثم إذا صح هذا الشرط ، عندنا ـ يبرأ عن كل عيب من العيوب ، الظاهرة والباطنة ، لأن اسم العيب يقع [١] على الكل .

فأما إذا قال : « أبرأتك عن كل داء » : روى عن أبي يوسف أنه يقع على كل عيب ظاهر ، دون الباطن .

وروى الحسن عن أبي حنيفة على عكسه : أنه يقع على كل عيب باطن ، والعيب الظاهر يسمى مرضاً [٢] .

ولو أبرأ البائع عن كل غائلة : روى عن أبي يوسف أنه يقع على السرقة ، والإباق ، والفجور ، وما كان من فعل الإنسان مما يعد عيباً عند التجار .

ثم اتفق علماؤنا على أنه يدخل تحت البراءة المطلقة ، العيب الموجود وقت البيع .

واختلفوا في العيب الحادث بعد البيع قبل القبض ؟

قال أبو يوسف : يدخل تحت البراءة ، حتى لا يملك المشترى الرد بالعيب الحادث .

وقال محمد : لا يدخل ، حتى يملك الرد بذلك العيب .

وهذا فرع مسألة أخرى . وهي [٣] أنه إذا باع بشرط البراءة عن كل

---

(١) « يقع » من ب و حـ .

(٢) في حـ : « سمى مرضا » . وفي ب : « يسمى زمنا » .

(٣) في ب و حـ : « وهو » .

عيب يحدث بعد البيع قبل القبض ، هل يصح هذا الشرط أم لا [١] ؟

عند أبي يوسف :يصح.وعند [٢] محمد :لا يصح ـ فلما صحت البراءة عن العيب الحادث حالة التنصيص ، فكذا في حالة الإطلاق عن كل عيب ، فيدخل تحته [٣] الحادث بعد البيع قبل القبض ، فلما كانت البراءة عن العيب الحادث بعد البيع قبل القبض ، لا تصح عند محمد حالة التنصيص ، فحالة الإطلاق أولى .

ثم ما ذكرنا من الجواب ، فيما إذا قال : « أبرأتك عن كل عيب مطلقاً » .

فأما إذاقال : « أبيعك على أني برىء من كل عيب به » لم يدخل في ذلك العيب الحادث ، في قولهم جميعاً ، لأنه لم يعم البراءة ، وإنما خصها بالموجود القائم عند العقد ، دون غيره .

ولو قال:« على أني برىء من كل [٤] عيب كذا » وسمى ضرباً من العيوب أو ضربين ، لم يبرأ من غير ذلك النوع ، مثل أن يبرأ من القروح أو [٥] الكي ، ونحو ذلك لأنه أسقط الحق من نوع خاص [٦] .

ولو كانت البراءة عامة ، فاختلفا [٧] في عيب ، فقال البائع:« كان به يوم

---

(١) « أم لا » من ح .

(٢) « يصح وعند » من ب و ح . وفي الأصل :« عند أبي يوسف ومحمد » .

(٣) في ح :« تحت » .

(٤) « كل » ليست في ب .

(٥) في ب : « و » .

(٦) « ونحو ... خاص » من ب ، وفي ح : « وغير ذلك ... عن نوع خاص » .

(٧) في ح : « واختلفا » .

العقد » ، وقال المشترى : « بل حدث قبل القبض » ، فالقول قول البائع عند أبي يوسف وعند محمد (١) ، لأن البراءة عامة ، فإذا ادعى المشترى حدوث عيب فيريد (٢) إبطال العموم ، فلا (٣) يبطل قوله إلا ببينة .

وقال زفر والحسن : القول قول المشترى ، لأن الأصل هو ثبوت الحق ، والمشترى هو المبرىء ، فيكون القول قوله في (٤) مقدار البراءة .

ولو كانت البراءة من عيب خاص سماه المشترى ثم اختلفا فقال (٥) البائع : « كان بها (٦) » ، وقال المشترى : « حدث قبل القبض » ـ فالقول قول (٧) المشترى عند محمد ، ولم يثبت عن أبي يوسف قول ، لأن (٨) هذه البراءة خاصة ، فالقول فيها (٩) قول المشترى ، كما في البراءة عن دين (١٠) خاص (١١) .

---

(١) في ب و ح : « عند أبي يوسف ومحمد » .

(٢) في ح : « وبريد » .

(٣) في ح : « ولا » .

(٤) هكذا في ب و ح . وفي الأصل : « من » .

(٥) في ح : « ... البراءة عن كل عيب بها ما اختلفا فقال ... » .

(٦) أي يوم العقد .

(٧) « قول » من ب و ح .

(٨) في الأصل : « قوله » ـ وفي هامش الأصل مكتوب « عند أبي يوسف » فتكون العبارة إذا أخذنا بما في هامش الأصل : « ولم يثبت عند أبي يوسف قوله لأن » وفي ب : « ولم يثبت عند أبي يوسف لأن » . وفي ح : « ولم يثبت وعند أبي يوسف القول قوله لأن هذه » .

(٩) « فيها » ليست في ب .

(١٠) في ح : « كل دين » .

(١١) زاد في ح : « والله أعلم » . وفي ب : « والله تعالى أعلم بالصواب » .

باب

الإقالة والمرابحة

وغير ذلك

في الباب[1] فصول :

بيان المرابحة ،

وبيان الإقالة ،

وبيان حكم الاستبراء[2].

وبيان جواز التفريق بين ذوى الرحم المحرم ، وتحريمه في البيع[3] .

أما الأول - فنقول :

البيع في حق البدل ينقسم خمسة أقسام :

بيع المساومة - وهو البيع بأي ثمن اتفق ، وهو المعتاد .

والثاني - بيع المرابحة : وهو تمليك المبيع بمثل الثمن الأول وزيادة ربح.

والثالث - بيع التولية : وهو تمليك المبيع بمثل الثمن الأول من غير زيادة ولا نقصان .

---

(١) في الأصل : « قال الشيخ رحمه الله : في الباب » .

(٢) استبراء الجارية : طلب براءة رحمها من الحمل (المغرب) .

(٣) في ح : « في المبيع » .

والرابع-الإشراك[١]: وهو بيع التولية فى بعض[٢] المبيع، من[٣] النصف والثلث وغير ذلك[٤].

والخامس - بيع الوضيعة: وهو تمليك المبيع بمثل الثمن الأول مع نقصان شيء منه[٥].

. . .

ثم الأصل فى بيع المرابحة أنه مبنى على الأمانة، فإنه بيع بالثمن الأول، بقول البائع، من غير بينة ولا استحلاف، فيجب صيانته عن حقيقة الخيانة وشبهها[٦] فإذا ظهرت الخيانة يجب رده. كالشاهد[٧]: يجب قبول قوله، فإذا ظهرت الخيانة يرد قوله - كذا هذا.

إذا ثبت هذا فنقول:

إذا باع شيئاً، مرابحة، على الثمن الأول، فلا يخلو: إما أن يكون الثمن من ذوات الأمثال، كالدراهم والدنانير، والمكيل، والموزون، والمعدود[٨] المتقارب، أو يكون من الأعداد المتفاوتة، مثل العبيد والدور والثياب والرمان والبطاطيخ ونحوها.

---

(١) كذا فى الكاسانى (٥: ٢٢٦: ١٩). وفى الأصل و ب و حـ: «الاشتراك».

(٢) «بعض» من ب و حـ. وفى الأصل: «بيع».

(٣) فى حـ: «فى».

(٤) «والثلث وغير ذلك» ليست فى حـ.

(٥) فى ب: «نقصان يسير منه» وفى حـ: «نقصان شيء من ثمن».

(٦) فى حـ: «وشبهتها».

(٧) فى ب: «كما فى الشاهد».

(٨) فى ب و حـ: «والعددى».

أما إذا كان الثمن الأول مثلياً فباعه مرابحة على الثمن الأول وزيادة ربح : فيجوز ، سواء كان الربح من جنس الثمن الأول أو لم يكن ، بعد أن يكون شيئاًمقدراً معلوماً،نحو الدرهم، والخمسة[١] ،وثوب مشار إليه ،أو دينار ، لأن الثمن الأول معلوم ، والربح معلوم .

فأما إذا كان الثمن الأول لا مثل له ، فإن أراد[٢] أن يبيعه مرابحة عليه ، فهذا على وجهين : إما أن يبيعه مرابحة ممن كان العرض[٣] في يده وملكه ، أو من غيره .

فإن باعه ممن ليس في ملكه ويده ، لا يجوز ، لأنه لا يخلو : إما أن يبيعه مرابحة بذلك العرض[٤] أو بقيمته ـ ولا وجه للأول، لأن العرض[٥] ليس في ملك من يبيعه منه ، ولا وجه أن يبيعه مرابحة ، بقيمته، لأن القيمة تعرف بالحزر والظن ، فيتمكن فيه شبهة الخيانة[٦].

وأما إذا أراد أن يبيعه ، مرابحة[٧] ، ممن كان العرض في يده ، وملكه[٨] ـ فهذا على وجهين :

إن قال:«أبيعك ، مرابحة ، بالثوب الذي في يدك وبربح[٩] عشرة

---

(١) في ب :« الدراهم » فقط .وفي حـ :«الدراهم الخمسة » .

(٢) في حـ : « وأراد » . وفي ب : « فأراد » .

(٣ — ٥) في حـ :« العوض » .

(٦) في حـ :« الخيار » .

(٧) « بقيمته لأن القيمة تعرف ... يبيعه مرابحة » ليست في ب .

(٨) « وملكه » ليست في ب و حـ . وفي حـ : « ممن كان العوض في يده » .

(٩) هكذا في ب وفي حـ :« وربح » . وفي الأصل :« وبربح » .

دراهم» جاز ، لأنه جعل الربح على الثوب عشرة دراهم، وهى مساومة.

وإن قال: «أبيعك بذلك[١] الثوب بربح[٢] ده يازده[٣]» ، فإنه لا يجوز، لأن تسمية ربح[٤] «ده يازده ـ أو ـ أحد عشر» يقتضى أن يكون الربح من جنس رأس المال ، لأنه لا يكون أحد عشر[٥] إلا وأن يكون الحادى عشر من جنس العشرة < ف > صار كأنه باع بالثمن[٦] الأول وهو الثوب ، وبجزء[٧] من جنس الأول . والثوب لا مثل له من[٨] جنسه .

ثم فى[٩] بيع المرابحة ، يعتبر رأس المال ، وهو الثمن الأول ، < أى > ما ملك المبيع به ، ووجب[١٠] بالعقد، دون ما نقده[١١]، بدلا عن الأول ـ بيانه :

إذا اشترى ثوباً بعشرة دراهم ، ثم أعطى عنها ديناراً ، أو ثوباً قيمته عشرة دراهم[١٢] أو أقل أو أكثر ، فإن رأس المال هو العشرة المسماة

---

(١) «بذلك» ليست فى حـ . وفى ب : «ذلك».
(٢) «بربح» ليست فى ب .
(٣) معنى ده يازده كل عشرة أحد عشر . أى كل عشرة ربحها واحد (ابن الهمام ، فتح القدير ، ٥ : ٢٥٤) .
(٤) «ربح» ليست فى ب و حـ . وفى حـ : «تسميته : ده يازده» .
(٥) فى ب : «لأنه لا يكون الربح من جنس رأس المال لأنه لا يكون أحد عشر...»
(٦) فى ب : «الثمن» .
(٧) فى ب : «بجزء» .
(٨) فى حـ : «فى» .
(٩) «فى» من ب .
(١٠) فى ب و حـ : «وجب» .
(١١) فى حـ : «دون مايعده» . وفى ب كذا : «دون مايفسده» .
(١٢) «دراهم» من ب و حـ .

فى [١] العقد،دون الدينار [٢] والثوب ، لأن هـذا يجب بعقد آخر ، وهو الاستبدال [٣] .

وكذلك من اشترى ثوباً بعشرة ، وهى خلاف نقد البلد ، ثم قال لآخر : « أبيعك هذا الثوب بربح درهم » لزمه عشرة مثل التى وجبت [٤] بالعقد . وإن كان يخالف نقد البلد ، والربح يكون من نقد البلد ، لأنه أطلق الربح ، فيقع على نقد البلد [٥] .

ولو نسب الربح إلى رأس المال فقال : « أبيعك بربح العشرة » أو : ده يازده ـ أو ـ بربح أحد [٦] عشر » فالربح من جنس الثمن الأول ، لأنه جعله جزءاً منه ، فكان على صفته .

ولو اشترى ثوباً ، بعشرة دراهم جياد ، ثم إنه دفع إلى البائع عشرة دراهم ، بعضها جياد وبعضها زيوف ، وتجوز بذلك البائع [٧] ، ثم أراد أن يبيعه مرابحة ، جاز له أن يبيعه مرابحة [٨] على العشرة الجياد ، من غير بيان ، لأن المسمى المضمون بالعقد هو الجياد ، لكن جعل الرديئة بدلا عن الأول ، بعقد آخر .

---

(١) « فى » من ب . وفى الأصل : « من » . وفى حـ : « و » .
(٢) كذا فى ب و حـ . وفى الأصل : « دنانير » .
(٣) فى حـ كذا : « الاستقبال » .
(٤) كذا فى ب . وفى الأصل : « وجب » وفى حـ : « الذى وجب » .
(٥) « والربح يكون ... البلد » من ب و حـ .
(٦) كذا فى ب و حـ . وفى الأصل : « أحد عشرة » .
(٧) « البائع » من ب و حـ .
(٨) « جاز له ... مرابحة » ليست فى ب .

ولو اشترى ثوباً بعشرة ، نسيئة ، فباعه مرابحة على العشرة ، وبيّن أنه اشتراه بها نسيئة ، لا يكره ، لأنه لم يوجد الخيانة ، حيث أعلم [١] المشترى بذلك ورضى به . فأما إذا باع مرابحة على العشرة ، من غير بيان النسيئة ، فإنه يكره ، والبيع جائز ، وللمشترى الخيار إذا علم ، لأنه وجد الغرور والخيانة ، لأن المشترى إنما اشتراه مرابحة على العشرة ، على تقدير أن الثمن فى البيع الأول عشرة [٢] بطريق النقد ، ويختلف ثمن المبيع بين النسيئة والنقد ، فيثبت له الخيار ، كما لو اشترى برقمه ، ثم علم [٣] فى المجلس : يثبت له الخيار — كذا هذا . بخلاف ما إذا باعه مساومة ، بأكثر من قيمته ، ثم علم المشترى بأنه اشترى بأقل من ذلك : لا يكون له الخيار ، لأن المشترى لم يصر مغروراً من جهته .

ولو قال: «إن قيمته كذا» وهو أكثر من قيمته . والمشترى لا يعرف قيمة الأشياء ، و[٤] اشتراه بناء على قول البائع ، فإنه يكون له الخيار ، لأنه يصير غارا . أما إذا كان عالما بالقيمة ، واشتراه بأكثر من ذلك ، لغرض له فى ذلك ، فلا بأس به ، وأصحابنا يفتون فى المغبون: أنه [٥] لا يرد ، ولكن هذا فى مغبون لم يغر ، أما فى [٦] مغبون غُرَّ <ف>يكون

(١) فى حـ : « علم » .
(٢) فى ب و حـ : « كان عشرة » .
(٣) فى ب : « أعلم » .
(٤) فى حـ : « أو » .
(٥) هكذا فى ب . وفى الأصل و حـ : « بالمغبون لأنه » .
(٦) « فى » من ب .

له حق الرد ، استدلالا بمسألة المرابحة فى النسيئة .

ولو اشترى بدين له على رجل ، فله أن يبيعه مرابحة من غير بيان ، لأنه اشترى بثمن فى[1] ذمته ، لأن الدين لا يتعين ثمنا .

وإن أخذ ثوبا صلحاً من دين له على رجل ، ليس له أن يبيعه مرابحة على ذلك الدين ، لأن مبنى الصلح على الحط .

ولواشترى ثوبا بعشرة ، ثم رقمه بأكثر من الثمن .وهو قيمته بأن[2] كان قيمته أكثر من ذلك ثم باعه مرابحة[3] على الرقم ، جاز ، ولا يكون خيانة ، لأنه باع المبيع من غير خيانة ، حيث[4] ذكر الرقم . ولكن هذا إذا كان عند البائع أن المشترى يعلم أن الرقم غير والثمن غير . وأما إذا كان عنده أن المشترى يعلم أن الرقم والثمن سواء : فإنه يكون خيانة ، وله الخيار[5] .

وكذا لو ملك شيئا بالميراث[6] ، أو الهبة ، فقومه رجل عدل بقيمة[7] عدل ، ثم باعه مرابحة على قيمته ،وهى كذا[8] : لا بأس به ، لأنه صادق فى مقالته .

---

(١) « فى » من ب و ﺣ .

(٢) فى ﺣ : « فإن » . وانظر الهامش التالي .

(٣) فى ب : « ولو اشترى ثوبا بعشرة وهو قيمته ، أو كان قيمته أكثر من ذلك ، ثم رقمه بأكثر من الثمن وهو قيمته ثم باعه مرابحة ... الخ » .

(٤) « حيث » ليست فى ب .

(٥) فى ب : « فإنه يكون له الخيار » .

(٦) فى ب : « من الميراث » .

(٧) فى ب : « قيمة » .

(٨) فى ﺣ : « وهكذا » بدلا من : « وهى كذا » .

ولو اشترى شيئا بعشرة دراهم[١] ، فقال[٢] لرجل آخر : «اشتريت هذا باثني عشر وأبيعك مرابحة بربح درهم» ثم ظهر أن الثمن الأول كان عشرة ، إما بإقرار البائع أو بالبينة :

قال أبو حنيفة ومحمد رحمة الله عليهما : لا يحط قدر الخيانة من الثمن ، ولكن يتخير المشترى : إن شاء فسخ البيع ، وإن شاء رضي به بجميع الثمن .

وقال أبو يوسف بأنه يحط قدر الخيانة ، وحصته من الربح ، ويكون العقد لازما بالباقي من الثمن : فيحط عنه درهمان ، <وحصتهما>[٣] من الربح ، وذلك[٤] سدس درهم .

. . .

هذا في بيع المرابحة .

فأما إذا خان[٥] في بيع التولية : <فقد> قال أبو حنيفة وأبو يوسف : يحط[٦] قدر الخيانة ، ويلزم البيع ، بالثمن الباقي ، بلا خيار .

وقال محمد بأنه لا[٧] يحط قدر الخيانة ، لكن يتخير المشترى ما دام المبيع[٨] قائما ، فإذا هلك سقط خياره .

---

(١) « دراهم » ليست في ب و حـ .

(٢) في حـ : « وقال » .

(٣) في الأصل : «وحصتها» . وفي ب و حـ : « وحصته » .

(٤) هكذا في ب . وفي الأصل و حـ : « فذلك » .

(٥) « خان » من حـ . وفي الأصل و ب : « كان » .

(٦) هكذا في ب . وفي الأصل و حـ : « يحط عنه » . وهنا في ب تكرار .

(٧) « لا » من ب و حـ .

(٨) في حـ : « البيع » .

فأبو يوسف سوى بين التولية والمرابحة،وقال:يحط قدر الخيانة فيهما، ويلزم العقد ، بالباقى ، فيهما[١] . ومحمد سوى بينهما وقال : لا يحط قدر الخيانة فيهما . ويثبت له الخيار . وأبو حنيفة فرق فقال : يحط قدر الخيانة فى التولية ، ولايحط فى المرابحة .

. . .

ثم الأصل أن كل نفقة ومئونة حصلت فى السلعة ، وأوجبت زيادة فى المعقود عليه ، إما من حيث العين[٢] أو من حيث القيمة ، وكان[٣] ذلك معتادا إلحاقه برأس المال عند التجار:فإنه يلحق[٤] برأس المال ،كأجرة القصارة،والخياطة ، والكراء ، وطعام الرقيق وكسوتهم ، وعلف الدواب وثيابهم ؛ ونحو ذلك . ويبيعه[٥] مرابحة عليه،ولا يقول عند البيع « إن ثمنه كذا » ولكن يقول « يقوم على بكذا فأبيعك على هذا مع ربح كذا » حتى لا يكون كاذبا فى كلامه .

أما أجرة تعليم القرآن والأدب والشعر والحرف ، فإنها لاتلحق[٦]

---

(١) كذا فى ب و حـ . وفى الأصل : « فيها » .

(٢) « العين » من ب و حـ . وفى الأصل كذا : «من حيث الغير المعنى» - انظر: المرغينانى، الهداية ، ٥ : ٢٥٥ .

(٣) هكذا فى ب . وفى الأصل و حـ : « فكان» - راجع فى ذلك: الكاسانى ، ٥: ٢٢٣ : ١٣ . والمرغينانى، الهداية، ٥ : ٢٥٥ ،وابن الهمام ، فتح القدير، ٥ : ٢٥٥ نقلا عن الإيضاح: « والمعنى المعتمد عليه عادة التجار » .

(٤) فى ب : « ملحق » .

(٥) فى ب : « نبيعه » .

(٦) هكذا فى ب و حـ . وفى الأصل : « فإنه لا يلحق » .

برأس المال وإن أوجبت زيادة في القيمة ، لأنها ليست بمتعارفة عند التجار .

وكذا أجرة الطبيب ، وثمن الدواء ، وأجرة الفصاد ، والحجام [١] ، وأجرة الختان ، والبزاغ ، وأجرة الرائض والراعي ، وجُعل الآبق ، لأن عادة التجار هكذا .

وأما أجرة السمسار : < ف > في ظاهر الرواية : يلحق [٢] برأس المال ، وفي البرامكة [٣] : قال : لا يلحق .

. . .

وأما الإقالة

فمشروعة [٤] ، لقوله عليه السلام : « من أقال نادما بيعته [٥] ، أقال [٦] الله عثرته يوم القيامة » .

ثم اختلفوا فيها :

قال أبو حنيفة : هي فسخ في حق المتعاقدين ، بيع جديد في حق الثالث ، حتى إن من اشترى دارا ، ولها شفيع ، فسلم الشفعة ، ثم أقالا البيع فيها - فإنه يثبت للشفيع الشفعة ثانيا ، لأنها عقد جديد ، في حق الشفيع .

---

(١) « والحجام » ليست في حـ .

(٢) في حـ : « ملحق » . وفي ب : « أنه ملحق » .

(٣) في ب : « وفي رواية قال : لا يلحق » . وفي حـ : « وفي البراكة » . وفي ابن الهمام (٥ : ٢٥٥) : « وفي جامع البرامكة : لا تضم » .

(٤) الفاء من ب .

(٥) « بيعته » ليست في حـ .

(٦) في ب : « أقاله » .

وقال محمد : الإقالة فسخ ، إلا إذا كان لا يمكن أن تجعل فسخا ، فتجعل بيعا جديدا .

وقال أبو يوسف : هي بيع جديد ما أمكن . فإن لم يمكن [١] : تجعل فسخا – بأن كانت الإقالة قبل قبض المبيع ، وهو منقول : <فإنها> تجعل فسخا ، لأن بيع المنقول ، قبل القبض ، لا يجوز ؛ حتى إذا كان المبيع دارا ، وأقالا [٢] قبل القبض ، يكون بيعا ، لأن بيع العقار المبيع ، قبل القبض ، جائز عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله .

وقال زفر : هي فسخ في حق المتعاقدين وغيرهما ، حتى لا يقول بثبوت الشفعة كما قال أبو حنيفة .

. . .

ويبنى على هذا أنهما إذا تقايلا بأكثر من الثمن الأول ، أو بأقل [٣] ، أو بجنس آخر ، أو أجل الثمن في الإقالة : <ف> على قول أبي حنيفة : تصح الإقالة بالثمن [٤] الأول ، ويبطل [٥] ما شرطاه ، لأنها فسخ في حق المتعاقدين ، والفسخ يكون بالثمن الأول ، ويبطل الشرط الفاسد .

وهو قول زفر ، لأنها فسخ محض ، في حق الناس كافة .

وعلى قول الشافعي : الإقالة باطلة [٦] ههنا ، <لأنهما> [٧] أدخلا

(١) في حـ : « فإن لم يجد » .
(٢) في حـ : « أو أقالا البيع » .
(٣) كذا في حـ . وفي الأصل و ب : « أقل » .
(٤) في حـ : « لا تصح الإقالة إلا بالثمن » .
(٥) كذا في ب . وفي الأصل و حـ : « وبطل » .
(٦) في ب : « الإقالة بيع باطل » .
(٧) في الأصل : « لأنها » . وانظر الهامش التالي .

فيها شرطا[١] فاسدا ، فهى كالبيع .

وقال محمد[٢] : إن كانت الإقالة بغير الثمن الأول ، أو بأكثر منه — فهى بيع . وإن كانت بمثل الثمن الأول ، أو أقل — فهى فسخ بالثمن ، ويبطل شرط النقصان ، وكذلك إن أجل يبطل الأجل[٣] .

وعلى قول أبى يوسف يصح بما[٤] <ذكرا>[٥] من الثمن ، وشرطا به من[٦] الزيادة والنقصان والأجل ، لأنها بيع جديد ما أمكن ، وهو ممكن[٧] .

* * *

وأما[٨] بيان حكم الاستبراء[٩] — فنقول :

الاستبراء مشروع .

وهو نوعان : مندوب وواجب .

فالاستبراء المندوب إليه — هو[١٠] أن الرجل إذا وطىء جاريته ثم أراد بيعها ، يستحب له أن يستبرئها بحيضة ، ثم يبيعها ، عند عامة العلماء .

---

(١) فى حـ : « لأنه أدخل شرطا » . وفى ب : « لأنه أدخل فيها شرطا » .

(٢) « محمد » من ب و حـ .

(٣) « الأجل » من ب و حـ .

(٤) « بما » من ب . وفى حـ : « لما » . وفى الأصل : « ما » .

(٥) فى الأصل و ب و حـ : « ذكرنا » .

(٦) فى ب : « وشرطا من » . وفى حـ : « وشرطا فى » .

(٧) « وهو ممكن » ليست فى ب . وفى حـ : « هو ممكن » .

(٨) هكذا فى ب و حـ . وفى الأصل : « فصل فى الاستبراء — وأما ... » .

(٩) استبراء الجارية طلب براءة رحمها من الحمل (المغرب) .

(١٠) هكذا فى ب . وفى الأصل و حـ : « وهو » .

وقال مالك : واجب ، لأن احتمال العلوق منه قائم ، فيجب عليه صيانة مائه عن الضياع .

ولكن عندنا: لا[١] يجب، لأن سبب الوجوب لم يوجد، على ما نذكر[٢].

وأما الاستبراء الواجب ـ فهو الاستبراء على من[٣] يحدث له ملك الاستمتاع بملك اليمين ، بأي[٤] سبب كان ، من السبي ، والشراء ، والهبة ، والوصية ، والميراث ، ونحوها .

وأصله ما روى عن النبي عليه السلام أنه قال في سبايا أوطاس[٥]: « ألا لا توطأ الحَبالى حتى يضعن حملهن ، ولا الحَيالى حتى يستبرئن بحيضة »[٦] ـ أوجب الاستبراء على السابي ، والسبي سبب حدوث ملك الاستمتاع بملك اليمين[٧] ، فيكون نصا في كل ما هو[٨] سبب حل الاستمتاع بملك اليمين ، دلالة[٩].

• • •

(١) « لا » ساقطة من ب .

(٢) في حـ : « على ما ذكرنا » .

(٣) في حـ : « ما » .

(٤) في ب : « ملك الاستمتاع وسبب ملك اليمين بأي » .

(٥) أوطاس موضع على ثلاث مراحل من مكة كانت به وقعة للنبي صلى الله عليه وسلم (المغرب) .

(٦) الحديث في حـ كذا : « ألا لا توطأ الحبالى حتى يضعن ، والحيالى حتى يستبرين بحيضة » . والحيالى « جمع الحائل وهي التي لا حبل لها . وقيل : إنما قيل الحيالى لتزاوج الحبالى ، والقياس أن يقال : الحوائل ، لأنها جمع حائل ، ونظيره الغدايا والعشايا والقياس الغدوات » سعدى چلبي (٨ : ١١١) نقلا عن شرح السكاكى .

(٧) في ب : « اليمين دلالة » ـ راجع الهامش ٩ الآتي .

(٨) « ما هو » من ب . وفي الأصل : « في كل سبب وهو سبب حل ... » . وفي حـ : « نصا في ملك سبب هو بسبب بل الاستمتاع .. » .

(٩) « دلالة » ليست في ب . راجع الهامشين ٧ و ٨ السالفين .

ثم مقدار مدة الاستبراء -هي : الحيضة فى حق ذوات الأقراء، وفى حق ذوات الأشهر شهر واحد. لأن الاستبراء إنما يجب صيانة للماء، كى لا يختلط ماؤه بماء غيره، فلا بد له من المدة. وأقل المدة هذا[١].

وإن كانت الجارية ممتدة الطهر، بأن كانت شابة لا تحيض، فإن استبراءها لا يكون بشهر واحد[٢] كما فى الآيسة؛ واختلف العلماء فى مدة استبرائها حتى يباح للمشترى وطؤها عند مضيها:

قال أبو حنيفة وأبو يوسف: لا يطأها حتى يمضى عليها مدة لو كانت حاملا لظهر آثار الحمل، من انتفاخ البطن وغيره، وذلك ثلاثة أشهر وما زاد عليه.

وقال محمد أولا بأنه لا يطأها حتى يمضى عليها[٣] أربعة أشهر وعشرة أيام؛ ثم رجع وقال: شهران[٤] وخمسة أيام.

وقال زفر: لا يطأها حتى تمضى سنتان.

ثم[٥] مالم تمض مدة الاستبراء: لا يحل المالك أن يطأها، وأن يقبلها ويمسها[٦] لشهوة، وأن ينظر إلى عورتها، بالنص الذى روينا، وبالمعنى

---

(١) «لأن الاستبراء ... المدة هذا» من ب و حـ . غير أنه فى حـ تقدمت على هذه العبارة العبارة التالية وهى «وإن كانت الجارية ممتدة الطهر بأن كانت شابة لاتحيض» والظاهر أنه سبق قلم من الناسخ.

(٢) فى حـ : «لا يكون إلا شهرا واحدا» وهو خطأ كما هو ظاهر مما يلى.

(٣) «عليها» من حـ.

(٤) فى حـ : «شهرا».

(٥) «ثم» ليست فى حـ.

(٦) فى حـ : «وأن يمسها». وفى ب: «أو يقبلها أو يمسها».

الذي ذكرنا من صيانة الماء ، وسواء وطئها البائع أو لا ، أو كان بائعها[١] ممن لا يطؤها ، كالمرأة والصبي ، لأن احتمال[٢] الوطء من غيره قائم .

ثم إنما يعتبر الاستبراء بعد القبض ، حتى لو مضت مدة الاستبراء بعد البيع ، قبل القبض ، ثم قبضها ـ يجب الاستبراء .

هذا هو المشهور من مذهب أصحابنا جميعا .

وروى عن أبي يوسف أنه يجزيه الاستبراء قبل القبض .

. . .

ولو اشترى جارية حاملا ، فوضعت الحمل ، بعد القبض ـ يباح الوطء ، لأن وضع الحمل ، في كونه دليلا على براءة الرحم ، فوق القرء[٣] .

وإن كان الوضع قبل القبض : <ف> لاعبرة به ، لما ذكرنا أنه إنما يجب بسبب حدوث حل الاستمتاع بملك اليمين ، وإنما يحل الوطء بعد القبض ، فلا يجب قبل وجود سبب الوجوب .

وعلى هذا : إذا اشترى جارية لها زوج ، وقبضها ، وطلقها[٤] زوجها قبل الدخول بها[٥] ، فلا استبراء عليه ، لأن السبب غير موجب الاستبراء عند القبض ، بسبب كونها حلالا للزوج ، فلا يجب[٦] بعد ذلك .

وعلى هذا : إذا اشتراها ، وهي معتدة من زوج ، فانقضت[٧] عدتها بعد

(١) في ب : « باعها » .
(٢) هكذا في ب و حـ . وفي الأصل : « لاحتمال » .
(٣) « فوق القرء » ليست في ب .
(٤) في ب و حـ : « فطلقها » .
(٥) « بها » من ب .
(٦) « يجب » من ب و حـ . وفي الأصل : « فلا يحل » .
(٧) في حـ : « وانقضت » .

القبض، لأنها لا تجب حال وجود السبب، لمانع [١]، فلا [٢] يجب بعد ذلك . ولو انقضت المدة، قبل القبض، يجب الاستبراء بعد القبض، لما قلنا .

ولو حرم فرج الأمة على مولاها، على وجه لا يخرج عن ملكه، لمانع، بعدما كان حلالا، واستبرأها بعد القبض، ثم زال ذلك المانع، بعد الشراء [٣] - حل [٤] الوطء، ولا [٥] استبراء عليه، كما إذا كاتبها فتعجز [٦]، أو زوجها [٧] فيطلقها [٨] الزوج قبل الدخول، أو ترتد [٩] عن الإسلام ثم تسلم [١٠]، أو أحرمت بالحج بإذن سيدها ثم حلت، لأن هذا تحريم [١١] عارض، مع بقاء الملك المبيح، فلا يمنع صحة الاستبراء [١٢]، فصار كما لو حاضت ثم طهرت .

ولو اشترى أمة مجوسية أو مسلمة، فكاتبها، قبل أن يستبرئها، أو

---

(١) في حـ : « وجوب السبب بمانع » .

(٢) « فلا » من ب و حـ .

(٣) « بعد الشراء » ليست في ب و حـ .

(٤) في حـ : « وحل » راجع الهامش السابق .

(٥) في ب و حـ : « فلا » .

(٦) في ب : « فعجزت » . وفي حـ كذا : « فيعجزه » .

(٧) في حـ : « يزوجها » .

(٨) في ب : « فطلقها » .

(٩) في ب : « ارتد » .

(١٠) في ب : « أسلم » . وفي حـ : « يسلم » .

(١١) في حـ : « الحريم » .

(١٢) « فلا يمنع صحة الاستبراء » ليست في حـ .

اشترى جارية محرمة ، فحاضت فى حال كتابتها و [١] مجوسيتها ، وحال إحرامها بعد القبض ، ثم عجزت المكاتبة [٢] ،وأسلمت المجوسية، وحلت المحرمة عن الإحرام:فإنه يجتزىء [٣] بتلك الحيضة من [٤] الاستبراء،لأنها وجدت بعد وجود سبب الاستبراء ، وهو حدوث ملك اليمين الموجب لملك الاستمتاع، إلا أنه لايحل الاستيفاء لمانع ، وهذا لا يمنع من الاعتداد. كالحيض [٥] ، بخلاف ما إذا اشترى جارية بيعا،فاسدا، وقبضها، ثم حاضت حيضة ، ثم اشتراها بعد ذلك ، شراء صحيحاً ، حيث لا يعتد بتلك الحيضة عن الاستبراء ،لأن الشراء [٦] الفاسد لا يوجب ملك الاستمتاع ، وإن اتصل به القبض .

وأما التفريق بين الصغير وبين ذوى الأرحام المجتمع فى الملك - فنقول :

لا خلاف أن التفريق فى الولاد مكروه ، كالتفريق بين الأب وابنه ، ونحو ذلك .

وأما فيمن سواهم من ذوى [٧] الرحم المحرم، كالإخوة والأخوات والأعمام والعمات والأخوال والخالات ، فإنه يكره التفريق أيضاً . عندنا ـ خلافاً للشافعى .

(١) فى حـ : « أو » .
(٢) « المكاتبة » من ب .
(٣) فى ب : « يجزى » . وفى حـ : « يتجزى » .
(٤) فى ب : « عن » .
(٥) « كالحيض » ليست فى ب .
(٦) كذا فى ب . وفى الأصل و حـ : « شراء » .
(٧) فى ب : « وأما من سواهم من ذى » .

وأصله ما روى عن النبي عليه السلام أنه قال : « من فرق بين والدة وولدها، فرق الله بينه وبين الجنة[١] » ـ وذوو[٢] الأرحام ملحقة بالولاد، فى باب المحرمات[٣]، احتياطاً لحرمة[٤] النكاح .

وقال الشافعى: لا يلحق ذوو الأرحام بالولاد، كما فى العتق والنفقة[٥] .

. . .

وإنما يباح التفريق بعد البلوغ .

وقال الشافعى : إذا بلغ سبع سنين جاز التفريق .

والصحيح قولنا ، لما روى الدارقطنى بإسناده عن النبي عليه السلام أنه قال : « لا يجمع[٦] عليهم السبي والتفريق حتى يبلغ الغلام وتحيض الجارية ».

. . .

ثم متى فرق بينهما بالبيع ، جاز ، مع الكراهة ـ عندنا .

وقال الشافعى : البيع باطل .

وروى عن أبي يوسف أنه قال : فى الولاد: البيع باطل ، و[٧] فى غيرهم : < جائز >[٨] مع الكراهة .

وهذا بناء على أن النهى عن المشروع يقتضى بطلان التصرف عند

---

(١) فى ب : « بينه وبين من أحب وبين الجنة » .

(٢) فى الأصل وغيره : « وذوى » .

(٣) كذا فى ب . وفى الأصل و حـ : «المحرمات» .

(٤) « لحرمة » ليست فى ب . وفى حـ : « كحرمة » .

(٥) « وقال الشافعى ... والنفقة » من ب . وفى حـ : « والشافعى لا يلحق ذوى ... الخ » .

(٦) فى ب يشبه أن يكون : « لا يجتمع » .

(٧) « و » ليست فى ب .

(٨) وفى الأصل و ب و حـ : « جاز ».

الشافعي ، وعندنا بخلافه، لكن هذا نهي[١] لمعنى في غيره، بمنزلة البيع وقت النداء .

وإذا اجتمع مع الصغير[٢] عدد من أقربائه ، من الرحم المحرم[٣] في ملك واحد :

فعن أبي يوسف روايتان : في رواية بشر أنه لا يفرق بينه وبين واحد منهم ، اختلفت جهات قرابتهم كالعمة والخالة ، أو اتفقت كالعمين والخالين والأخوين . وكذا لا يفرق بينه وبين الأبعد[٤] ، وإن وجد الأقرب[٥] ـ حتى إذا اجتمع مع الصغير أبواه وجداه[٦] : لم يفرق بينه وبين الجدين، لأن لكل شخص شفقة على حدة[٧] .

وفي رواية ابن سماعة عنه أنه يجوز التفريق بين[٨] الصغير وبين الأبعد إذا وجد من هو أقرب منه .

وذكر محمد في الزيادات : إذا اجتمع مع الصغير أبواه[٩] : لم يفرق بينه وبين واحد منهما[١٠]،وجاز أن يفرق بينه وبين من سواهما، معهما.

(١) « عن المشروع ... نهي » ليست في ب .
(٢) في حـ : « الصبي » .
(٣) « المحرم » ليست في حـ .
(٤) « اختلفت جهات ... الأبعد » ليست في ب .
(٥) « وإن وجد الأقرب» من ب و حـ . ومكانها في الأصل بياض .
(٦) « وجداه » من ب . وفي حـ :« أو جداه » .
(٧) « الجدين لأن ... حدة » من ب و حـ . ومكانها في الأصل بياض .
(٨) في حـ : « من » .
(٩) « أبواه » ليست في ب .
(١٠) في حـ :« منهم » .

وإذا اجتمعت القرابات غير الأب والأم :

فإن كانت من جهات مختلفة، كأم الأب وأم الأم [١]، والخالة والعمة: لم يفرق بينه وبين واحد منهم .

وإن كانوا من جهة واحدة، كالإخوة، أو العمات، أو الخالات [٢] : جاز بيعهم، من غير كراهة، إلا بيع واحد منهم [٣].

ويجوز بيع البعيد [٤] إذا وجد من هو أقرب منه [٥]، لأن في الجنس [٦] الواحد الشفقة [٧] من جنس واحد، فيكتفى بواحد [٨] .

وعند اختلاف الجهات تختلف الشفقة، فلكل نوع شفقة تخالف [٩] النوع الآخر، فلا بد [١٠] من اجتماع الكل [١١].

---

(١) فى ب : « كأم الأب والأم » .

(٢) فى حـ : « كالإخوة والعمات والخالات » .

(٣) أى لا يباع واحد منهم ليبقى مع الصغير .

(٤) فى ب : « العبد » .

(٥) « منه » ليست فى ب .

(٦) فى حـ : « فى جنس » .

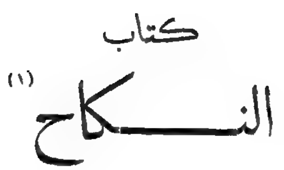
(٧) فى ب : « شفقة » .

(٨) فى ب و حـ : « بالواحد » .

(٩) فى ب : « بخلاف » .

(١٠) فى حـ : « ولا بد » .

(١١) زاد فى ب : « والله تعالى أعلم بالصواب » .



يحتاج [٢] إلى :

بيان صفة النكاح المشروعة [٣] ،

وإلى بيان [٤] تفسير النكاح لغة ، وإلى تفسيره فى عرف الشرع .

أما الأول

<فقد> اختلف العلماء فيه: قال داود بن على الأصفهانى [٥] ومن تابعه من أصحاب الظواهر : إن النكاح فرض عين، حتى إن [٦] من تركه

---

(١) النقص فى ا الذى نبهنا عليه من قبل فى آخر كتاب الحج وفى أول كتاب البيوع مستمر ، فالمقارنة إذن بالنسختين ب و حـ فقط . راجع فيما تقدم الهامش ١ ص ٣ ، وكذا الهامش ٥ ص ٦٥٨ حـ ١ .

(٢) كذا فى حـ . وفى الأصل :« قال الشيخ رحمه الله : يحتاج» . وفى ب :« قال الشيخ الإمام رحمة الله عليه : يحتاج » .

(٣) فى حـ و ب :« المشروع » .

(٤) « بيان » من ب .

(٥) « الأصفهانى » من ب و حـ . وهو داود بن خلف إمام أهل الظاهر أبو سليمان، وقد قيل إن أصله من أصبهان . ومولده بالكوفة، ونشأته ببغداد . وقدولد سنة ٢٠٢ هـ، وتوفى ببغداد سنة ٢٧٠ هـ . وقد أخذ العلم عن إسحاق بن راهويه ، وأبى ثور، وروى عنه ابنه أبو بكر محمد بن داود وآخرون . وقد اختلف فى هل يعتبر قوله فى الإجماع أم لا ؟ وقال إمام الحرمين : الذى ذهب إليه أهل التحقيق ، أن منكرى القياس (وداود منهم) لا يعدون من علماء الأمة وحملة الشريعة ، لأنهم معاندون مباهتون ، فيما ثبت استفاضة وتواترا ، ولأن معظم الشريعة صادرة عن الاجتهاد ولا تفى النصوص بعشر معشارها ، وهؤلاء ملتحقون بالعدم (النووى ، القسم الأول ، الجزء الأول : رقم ١٥٧ ص ١٨٢ وما بعدها) .

(٦) « إن » من ب و حـ .

مع القدرة على الوطء، والإنفاق ـ فإنه يأثم .

وقال الشافعي : إنه مباح .

واختلف أصحابنا :

فقال بعضهم: إنه فرض كفاية : إذا قام به البعض سقط عن الباقين [١] .

وقال بعضهم : إنه مندوب ومستحب [٢] .

وقال بعضهم : إنه واجب ـ لكن بعضهم قالوا : يجب على سبيل التعيين ، بمنزلة الوتر والأضحية. وقال بعضهم: هو واجب على سبيل الكفاية.

ويبتني على هذا الخلاف مسألة التخلي [٣] : فعندنا الاشتغال بالنكاح مع أداء الفرائض والسنن أولى من التخلي لنوافل العبادة، مع ترك النكاح ـ خلافا للشافعي [٤] ، وهي مسألة معروفة .

. . .

وأما تفسير النكاح

لغة ، فهو الجمع المطلق ـ يقال : « أنكحنا الفرا فسنرى [٥] » أي جمعنا بينهما [٦] .

(١) في ب : « واختلف أصحابنا : إنه فرض ... عن الباقين أم لا ؟ » .

(٢) في ب و حـ : « مندوب مستحب » .

(٣) أي التخلي لعبادة بعدم الزواج (انظر القاموس المحيط). وفي حـ : « التخلي بنوافل عبادة » .

(٤) « خلافا للشافعي » من ب و حـ .

(٥) في المغرب : « أنكحنا الفرا فسنرى : مثل ، وأصله أن رجلا خطب ابنته إليه رجل فأبى أن يزوجه إياها ، ورضيت أمها بتزويجه وغابت الأب حتى زوجها على كره منه وقال : « أنكحنا الفرا » ثم أساء الزوج العشرة فطلقها. وهذا المثل يضرب في التحذير من العاقبة: والفرا في الأصل الحمار الوحشي، استعاره للرجل استخفافا به » . وفي الأصل و حـ : « فسنرى » . وفي ب : « فترى » أي فتر (المغرب) .

(٦) « بينهما » من ب و حـ .

وأما فى الشرع فعبارة عن وجود ركن العقد مع شروطه .

. . .

أما ركنه

فهو الإيجاب والقبول من[١] الزوجين ، وهما لفظان يعبر بهما عن الماضى ، أو يعبر بأحدهما عن الماضى ، والآخر عن المستقبل . وفى البيع: لا يصح ما لم يكن اللفظان يعبر بهما عن الماضى[٢] — على ما ذكرنا فى البيوع .

ثم لاخلاف بين العلماء بأن النكاح ينعقد بلفظ التزويج والنكاح . واختلفوا فيما سواهما من الألفاظ، نحو لفظ البيع، والهبة، والتمليك، ونحوها.

وقال الشافعى : لا ينعقد إلا بهذين اللفظين .

وعند أصحابنا: لا ينعقد إلا بلفظ موضوع للتمليك .

ثم اختلف المشايخ : قال عامتهم : لا ينعقد إلا بلفظ موضوع لتمليك الأعيان[٣]، كالبيع والهبة ، ولا ينعقد بلفظ[٤] موضوع لتمليك المنافع، كالإجارة والإعارة .

وقال الكرخى: ينعقد بلفظ وضع[٥] للتمليك مطلقا، سواء كان لتمليك

---

(١) فى حـ : « بين » .

(٢) « أو يعبر بأحدهما ... الماضى » من ب و حـ .

(٣) فى ب : « للتمليك » .

(٤) فى ب و حـ : « والهبة لا بلفظ » .

(٥) « لتمليك المنافع ... بلفظ وضع » ساقطة من حـ .

الأعيان أو لتمليك المنافع، حتى ينعقد بلفظ الإجارة والإعارة عنده[١] .

وأما لفظ[٢] الوصية: <ف> إن ذكر مطلقا بأن قال[٣] : «أوصيتك[٤] بابنتي هذه بألف درهم» لا يصح ، لأن الوصية تمليك بعد الموت ، والنكاح المضاف إلى وقت[٥] لا يجوز، بأن قالت المرأة[٦] : «زوجت نفسي منك شهر رمضان بألف درهم» . وأما إذا قال : « أوصيتك بابنتي هذه الآن بألف درهم » أو[٧] لم يذكر المهر ، وقبل الزوج ، فإنه ينعقد النكاح .

وأما بلفظة الإحلال ، والتحليل ، والإباحة : <ف> لا ينعقد ، لأنها لا تقتضي التمليك.

وكذا بلفظة المتعة، بأن قال الزوج: «أتمتع بك بكذا»[٨] فرضيت، أو قالت « نعم »: لا ينعقد ، لأنها لم توضع للتمليك ، و[٩] لأن المتعة صارت منسوخة ، وهي عبارة عن النكاح الموقت .

وكذا لو قال: « زوجي نفسك مني إلى شهر كذا[١٠] » فقالت «نعم[١١] زوجت»: لا ينعقد النكاح عندنا . وعند زفر : ينعقد النكاح ، ويلغو ذكر

(١) في ب : « عندنا » .
(٢) هكذا في حـ . وفي الأصل و ب : « لفظة » .
(٣) في ب و حـ : « وقال » .
(٤) كذا في ب و حـ . وفي الأصل : « أوصيك » .
(٥) في ب حـ : « إلى الوقت ».
(٦) « المرأة » من ب و حـ .
(٧) كذا في ب و حـ . وفي الأصل : « و » .
(٨) في حـ : « وكذا بلفظ ... أتمتع بك كذا » .
(٩) « وكذا بلفظة ... لم توضع للتمليك و » ليست في ب .
(١٠) « كذا » من ب و حـ . (١١) « نعم » من ب و حـ .

الوقت . وعندنا هو[١] تفسير نكاح المتعة ، وإنه[٢] منسوخ .

• • •

وأما النكاح المضاف إلى وقت ، أو المعلق بشرط: <ف> لا يصح ، بالإجماع ، بأن قالت : « زوجت نفسي منك غدا أو شهر رمضان الآتي » — أو « زوجت نفسي منك إن خلت الدار[٣] » فقال الزوج « قبلت » .

ولو[٤] قال : « أتزوجك على أن أطلقك إلى عشرة أيام » فرضيت ، أو قالت « نعم » أو قالت : « زوجت نفسي منك على هذا » فإنه ينعقد النكاح ، ويبطل الشرط .

• • •

هذا الذي ذكرنا هو الحكم في الزوجين . فأما إذا كان أحد العاقدين مالكا ، والآخر وليا . أو وكيلا ، أو رسولا — فكذلك الجواب ، لأنه[٥] لا بد من وجود لفظين ، وهو الإيجاب من أحدهما والقبول من الآخر .

وأما إذا كان الواحد وليا من الجانبين ، أو وكيلا ، أو رسولا ، من الجانبين[٦] ، أو وكيلا من جانب ، ووليا من جانب — فإنه يكتفي فيه بكلام واحد ، بأن يقول : « زوجت فلانة من فلان بكذا » فينعقد العقد ، ولا يحتاج إلى أن يقول : « قبلت عن فلان » لأن كلامه يقوم مقام كلامين — وهذا عندنا .

---

(١) في ب : « هذا » . وفي حـ : « هنا » .
(٢) في ب و حـ : « وهو » .
(٣) الورقة التي تبدأ بهذه الكلمة وردت في الصورة الفوتوغرافية للأصل متأخرة عن موضعها بورقتين .
(٤) هكذا في ب و حـ . وفي الأصل : « أو » .
(٥) « لأنه » من ب و حـ .
(٦) « من الجانبين » من ب و حـ .

وقال زفر والشافعى[١]: لايجوز أن يكون الواحد فى النكاح عاقدا من الجانبين- كما فى البيع: لايجوز أن يكون الواحد وكيلا من الجانبين[٢]. وعندنا: فى البيع يجوز أن[٣] ينعقد بكلام[٤] واحد من الجانبين، كالأب والوصى، لكن فى الوكيل لا يجوز على ما عرف فى البيوع.

وأما شروطه فأنواع:

منها- ما يرجع إلى الأهلية من وجود العقل، والبلوغ- وهو شرط عام[٥] فى تنفيذ كل تصرف دائر بين الضرر والنفع.

ومنها- الحرية: فإن العبد والأمة إذا تزوجا بدون إذن المولى، فإنه لا ينعقد النكاح، فى حق الحكم، على ما روى عن النبي عليه السلام، أنه قال: «أيما عبد تزوج بغير إذن سيده، فهو عاهر».

وكذلك الجواب فى المدبّر، وأم الولد، والمكاتَب.

فأما إذا أذن المولى، فهو جائز.

وإذا نفذ بإذن المولى، يجب المهر فى رقبته[٦]، وكسبه: فى[٧] القن[٨].

---

(١) «والشافعى» ليست فى حـ

(٢) «وقال زفر ... وكيلا من الجانبين» ليست فى ب.

(٣) «يجوز أن» ليست فى ب. وفيها هنا تكرار.

(٤) الباء من ب و حـ.

(٥) زاد هنا فى حـ: «يعتبر».

(٦) فى حـ: «فى ذمته».

(٧) فى ب: «أما فى القن».

(٨) القن من العبيد الذى ملك هو وأبواه. وعن ابن الأعرابى: عبد قن أى خالص العبودة. وعلى هذا صح قول الفقهاء لأنهم يعنون به خلاف المدبر والمكاتب (المغرب).

وفى غيره: يكون فى الكسب، لا فى الرقبة ـ إلا فى المكاتَب إذا عجز: < ف > يكون المهر فى رقبته وكسبه : < ف > إما أن يباع فيه ، أو يؤدى المولى ويستخلص الرقبة[1] لنفسه .

ومنها ـ كون المرأة محلَّلة : فإن المُحرَّمة[2] لا تكون محلا لحكم[3] النكاح : قال الله تعالى : « حرمت عليكم أمهاتكم » إلى أن قال « وأحل لكم ما وراء ذلكم »[4] .

ثم تحريم النكاح يتنوع إلى تسعة أنواع : تحريم[5] بسبب القرابة، وتحريم بالصهرية[6]، وتحريم بالرضاع ، وتحريم الجمع، وتحريم تقديم[7] الأمة على الحرة ، وتحريم بسبب حق الغير ، وتحريم بسبب الملك ، وتحريم بسبب الشرك ، وتحريم بالطلقات[8] الثلاث .

---

(١) فى ب و حـ : « الرقيق » .

(٢) التاء من ب و حـ .

(٣) فى ب و حـ : « لثبوت حكم » .

(٤) النساء : ٢٣ ـ ٢٤ . ونصها : « حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم وأخواتكم وعماتكم وخالاتكم وبنات الأخ وبنات الأخت وأمهاتكم اللاتى أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة وأمهات نسائكم وربائبكم اللاتى فى حجوركم من نسائكم اللاتى دخلتم بهن فإن لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم وأن تجمعوا بين الأختين إلا ما قد سلف إن الله كان غفورا رحيما. والمحصنات من النساء إلا ما ملكت أيمانكم كتاب الله عليكم وأحل لكم ما وراء ذلكم ... الخ » .

(٥) فى ب : « تحريم » .

(٦) فى ب : « بسبب الصهرية » .

(٧) فى ب : « بتقديم » .

(٨) فى ب و حـ : « بالطلاق » .

أما التحريم[١] بسبب القرابة ـ فنقول:

المحرمات بالقرابة سبع فرق : الأمهات ، والبنات ، والأخوات ، والعمات ، والخالات ، وبنات الأخ ، وبنات الأخت .

ويثبت فى حق هؤلاء حرمة النكاح ، وحرمة الوطء ، ودواعيه ـ بطريق التأبيد .

عرفنا ذلك بقوله : «حرمت عليكم أمهاتكم (الآية) »[٢] .

أما الأمهات : فأم الرجل ، وجداته ، من قبل أبيه ، وأمه ، وإن علون .

وأما البنات : فبنت الرجل من صلبه ، وبنات الابن وإن سفلن .

وأما الأخوات : فثلاثة أنواع : الأخوات لأب وأم ، والأخوات لأب ، والأخوات لأم .

وأما العمات : فثلاثة أنواع : عمة لأب وأم ، وعمة لأب ، وعمة لأم ، وكذا عمات أبيه ، وعمات أجداده ، وعمات أمه ، وعمات جداته[٣] ـ وإن سفلن .

وأما الخالات : فخالة الرجل لأب وأم ، وخالته لأب ، وخالته لأم ، وخالات آبائه وأمهاته .

وأما بنات الأخ ، وبنات الأخت ، وبنات بنات[٤] الأخ ، والأخت ، وبنات أبناء الأخ ، وبنات أبناء[٥] الأخت ـ وإن سفلن .

---

(١) فى ب : « المحرمات » .

(٢) النساء : ٢٣ . وقد أوردنا نصها فى الهامش ٤ ص ١٨٠ .

(٣) « وعمات أمه وعمات جداته » ساقطة من حـ .

(٤) « بنات » ساقطة من حـ ، فأصبحت العبارة فيها : « وبنات الأخ » .

(٥) « بنات أبناء » من حـ . وفى ب سقطت : « وبنات أبناء الأخت » منها : « وبنات أبناء الأخ وإن سفلن » .

وأما التحريم بالصهرية – فنقول :

المحرمات بالصهرية أربع فرق :

إحداها – أم الزوجة ، وجداتها، من قبل الأب، والأم ، وإن علون .

ثم أم الزوجة تحرم بنفس العقد على البنت، ولا يشترط الدخول بالبنت، حتى إن من تزوج امرأة ، تحرم عليه أمها ، دخل بها، أو لم يدخل – وهذا قول عامة العلماء ، وعامة الصحابة .

وقال مالك، وداود الأصفهاني[١]، ومحمد بن شجاع[٢]، وبشر المريسي[٣]: إنها لا تحرم بنفس العقد على البنت ، ما لم يوجد الدخول بالبنت. وحكوا هذا المذهب عن علي رضي الله عنه .

والصحيح قول العامة ، لقوله تعالى: «وأمهات نسائكم »[٤] من غير فصل.

ومنها – بنت المرأة ، لكن يشترط الدخول بالأم، ولا تحرم بنفس العقد على الأم ، لقوله تعالى : « وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن »[٥] : شرط الدخول بالأم لحرمة الربيبة .

وكذا بنات بنت[٦] المرأة ، وبنات ابنها أيضاً .

ويستوي الجواب بين ما إذا كانت بنت المرأة في حجر الزوج أو لا ، خلافاً لبعض الناس .

---

(١) انظر الهامش ٥ ، ص ١٧٤ .

(٢) انظر الهامش ٦ – ٧ ، ص ١١٨ – ١١٩ ، ح ١ .

(٣) انظر الهامش ٢ ، ص ٣٥١ ، ح ١ .

(٤) و (٥) النساء : ٢٣ – راجع نصها في الهامش ٤ ص ١٨٠ .

(٦) « بنت » ساقطة من ح .

ومنها — حليلة الابن: حرام على أبيه. دخل بها الابن أو لا. وكذا حليلة ابن الابن، وابن البنت — وإن سفلن، لقوله تعالى: «وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم»[١].

وأما حليلة[٢] الابن المتبنّى: < ف > لا تحرم على الأب المتبنِّي لقوله: «وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم»[٣].

ومنها — حليلة الأب، وحليلة الأجداد، من قبل الأب، والأم، وإن علوا، لقوله تعالى: «ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم»[٤].

ثم حرمة المصاهرة تثبت، بطريق التأبيد. بسبب النكاح الصحيح، دون الفاسد.

وكذا تثبت بالوطء الحلال بملك اليمين. وكذا تثبت بوطء عن شبهة.

وتثبت أيضاً بالنظر إلى الفرج عن شهوة، دون النظر إلى سائر الأعضاء. وتثبت باللمس[٥] عن شهوة في سائر الأعضاء — وهذا عندنا.

وعند الشافعي: لا تثبت باللمس[٦] والنظر.

ويعني باللمس[٧] عن شهوة[٨] أن[٩] يشتهي بقلبه. وهو أمر لا يقف

---

(١) النساء: ٢٣ — وقد أوردنا نص الآية كلها في الهامش ؛ ص ١٨٠.

(٢) في حـ: «ومنها — حليلة».

(٣) النساء: ٢٣ — ونصها في الهامش ؛ ص ١٨٠.

(٤) النساء: ٢٢: «ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء إلا ما قد سلف إنه كان فاحشة ومقتا وساء سبيلا».

(٥) في ب: «بالمس».

(٦) و(٧) في حـ: «بالمس».

(٨) «في سائر الأعضاء — وهذا عندنا ... باللمس عن شهوة» ليست في ب.

(٩) في الأصل و ب و حـ: «وهو أن».

عليه إلا اللامس والناظر، فيعرف بإقراره، أما تحريك الآلة والانتشار فليس[١] بشرط ـ وهذا هو الأصح، فإن المس[٢] عن شهوة يتحقق من العنين ولا ينتشر[٣]، وكذا المجبوب لا آلة له[٤] ويتحقق منه المس والنظر عن شهوة.

ونعني بالنظر إلى الفرج: النظر[٥] إلى عين الفرج، لا إلى حواليه ـ و[٦] هو الأصح.

وكذا تثبت حرمة المصاهرة، بالزنا، والمس، والنظر إلى الفرج، بـدون الملك، وشبهته، عندنا.

وعند الشافعي: لا يثبت حرمة المصاهرة بالزنا[٧] ـ والمسألة معروفة.

وأما التحريم بسبب الرضاع ـ فنقول:

كل من يحرم من الفرق السبع، بسبب القرابة: يحرم بسبب الرضاع ـ قال الله تعالى: «وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة»[٨] وقال عليه السلام: «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب».

وكذا كل من يحرم بالصهرية من الفرق الأربع، بالنسب: يحرم

---

(١) الفاء من ب.

(٢) في ب و حـ: «المس».

(٣) في ب و حـ: «ولا تنتشر آلته».

(٤) «لا آلة له» من ب و حـ.

(٥) كذا في ب. وفي الأصل و حـ: «هو النظر». (٦) «و» من حـ.

(٧) «والمس والنظر إلى الفرج ... بالزنا» ليست في ب. «والنظر إلى الفرج .. بالزنا» ليست في حـ. وفي الكاساني (حـ ٢: ٢٦٠: ٢ من أسفل): «وتثبت حرمة المصاهرة بالزنا، والمس، والنظر ـ بدون النكاح، والملك، وشبهته. وعند الشافعي: لا تثبت الحرمة بالزنا، فأولى أن لا تثبت بالمس، والنظر، بدون الملك».

(٨) النساء: ٢٣ ـ ونصها في الهامش ٤ ص ١٨٠.

بالرضاع ـ حتى يحرم على الواطىء: أم[١] الموطوءة، وبنتها من جهة الرضاع. وتحرم الموطوءة على أب[٢] الواطىء وابنه، من جهة الرضاع. ويحرم موطوءة أب الرضاع على ابنه من الرضاع. ويحرم موطوءة[٣] ابن الرضاع على أب الرضاع[٤] ـ لما روينا من الحديث.

وأما تحريم الجمع[٥]:

فنوعان: أحدهما ـ تحريم الجمع بين الأجنبيات. والثانى ـ تحريم الجمع بين ذوات الأرحام. وكل واحد منهما على وجهين: الجمع فى النكاح، والثانى الجمع فى الوطء ودواعيه.

أما تحريم الجمع بين الأجنبيات فى النكاح، فإنه تحريم الجمع بين خمس نسوة، فصاعدا. ويباح الجمع بين الأربع وما دونها ـ وهذا عند عامة العلماء.

وقال بعضهم: يحل الجمع بين تسع نسوة.

وقال بعضهم: يحل الجمع بين ثمانى عشرة.

فأما الجمع فى ملك اليمين: < ف > حلال، عقدا، ووطئا، وإن كثرن،

---

(١) فى حـ كذا: « أما ».

(٢) هكذا فى ب. وفى الأصل و حـ: « ابن ».

(٣) « أب الرضاع ... ويحرم موطوءة » ليست فى حـ.

(٤) فى حـ: « ابنه الرضاع ».

(٥) « الجمع » من ب و حـ. وهى ساقطة من الأصل.

لقوله تعالى : « إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم »[١] .

وأما تحريم الجمع بين ذوات الأرحام ، فنوعان أيضاً : الجمع فى عقد النكاح ، والجمع فى الوطء بملك اليمين .

أما الأول ، وهو تحريم الجمع نكاحاً ـ فنقول :

لاخلاف[٢] بين العلماء فى تحريم الجمع[٣] بين الأختين، نكاحاً ، وتحريم الجمع بين الأم وبنتها .

فأما الجمع بين ذواتى رحم محرم نكاحاً[٤] ـ غيرَ الجمع فى الولاد[٥] ، وغير الجمع بين الأختين مما سواهما[٦] . كالجمع بين امرأتين لو كانت إحداهما ذكراً ، لايجوز نكاح الأخرى له ، من الجانبين، أيتهما كانت غير[٧] عين ، كالجمع بين عمة المرأة وبين بنت أخيها[٨] .وبين خالة المرأة

---

(١) سورة المعارج : ٣٠ ـ والآيات ٢٩ ـ ٣١ هى : « والذين هم لفروجهم حافظون . إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فإنهم غير ملومين . فمن ابتغى وراء ذلك فأولئك هم العادون » .

(٢) « لا خلاف » ساقطة من حـ . وانظر فيما يأتى الهامش ٤ .

(٣) « الجمع » من حـ .

(٤) « فنقول ... رحم محرم نكاحا » ساقطة من ب .

(٥) فى ب : « الأولاد » . وفى حـ : « فى الولادة » . والمقصود : غير الجمع بين الأم وبنتها ... الخ .

(٦) كذا فى حـ . وفى الأصل : « سواهن » . راجع الكاسانى ، ٢ : ٢٦٢ .

(٧) فى ب : « من غير » .

(٨) فى حـ : « بنت أختها » .

وبين بنت أختها، ونحو ذلك – < ف > حرام عند عامة العلماء [١].

وقال عثمان البَتِّى [٢] : الجمع فيما سوى الأختين من ذوات الأرحام، ليس بحرام .

وإذا ثبت أن الجمع بينهما، نكاحا، حرام – فإذا تزوج إحداهما قبل الأخرى ، فنكاح الأولى جائز ، ونكاح الثانية باطل . ولو تزوجهما معا ، بطل نكاحهما ، لأن الجمع حصل بهما . فيجب، على كل واحد منهما، أن يعتزل عن صاحبه، ويترك النكاح . ولو علم القاضى بذلك يفرق بينهما . <و> إن كان قبل الدخول ، فلا مهر لها ، ولا عدة عليها [٣] ، وإن كان بعد [٤] الدخول، يجب مهر المثل [٥]، مقدرا بالمسمى، ولا يجب الحد، وإن قال الزوج «علمت أنها على [٦] حرام» ، ولا يدعى شبهة الاشتباه ، لأن شبهة

---

(١) عبارة المرغينانى فى الهداية ، وابن الهمام فى فتح القدير (٢: ٣٦٤) : « ولا يجمع بين امرأتين لو كانت إحداهما رجلا لم يجز له أن يتزوج بالأخرى – ثم بعد ذكر ذلك الفرع بأصل كلى يتخرج عليه هو وغيره ، كحرمة الجمع بين عمتين وخالتين وذلك أن يتزوج كل من رجلين أم الآخر فيولد لكل منهما بنت فيكون كل من البنتين عمة للأخرى . أو يتزوج كل من رجلين بنت الآخر ويولد لهما بنتان فكل من البنتين خالة للأخرى . فيمتنع الجمع بينهما .. الخ ».

(٢) عثمان البتى فقيه البصرة زمن أبى حنيفة . رأى أنس بن مالك . وروى عن الحسن البصرى . قيل : هو منسوب إلى « البت » وهو موضع قيل إنه بنواحى البصرة . وقيل : منسوب إلى البت بمعنى الطيلسان من خز ونحوه وكان يبيعه . وقد توفى سنة ١٤٣ هـ . (تهذيب التهذيب ، ٧ : ١٥٣ – ١٥٤ . واللباب فى تهذيب الأنساب ، ١ : ٩٦ . والقاموس المحيط) .

(٣) فى ب : « عليهما » . وفى الكاسانى (حـ ٢ : ٢٦٣) : « ثم إن كان قبل الدخول: فلا مهر لهما ولا عدة عليهما ؛ لأن النكاح الفاسد لا حكم له قبل الدخول. وإن كان قد دخل بهما: فلكل واحدة منهما العقر ، وعليهما العدة ؛ لأن هذا حكم الدخول فى النكاح الفاسد» .

(٤) « بعد » من ب . وهى ساقطة فى الأصل . وفى حـ : « قبل » .

(٥) هكذا فى ب و حـ . وفى الأصل : « مثل المهر » .

(٦) « على » ليست فى ب .

النكاح قائمة . ولو وطئها مرارا قبل التفريق والمتاركة ، لا يجب إلا مهر واحد . لأن العقد الفاسد منعقد من وجه .

ولو وطئها بعد المتاركة مرة أخرى : لايجب مهر آخر ، ويجب الحد. لأن هذا زنا .

ولو تزوج أخت جاريته التي وطئها ، أو أخت أم ولده : جاز النكاح، ولكن لا يطأها[١] ، مالم يحرم عليه وطء إحداهما. بأن زوج [٢] أم ولده من انسان، أو زوج الأمة ، أو باعها ، لأنه لافراش للأمة عندنا[٣] ـ خلافا للشافعي، وفراش أم الولد ضعيف : ينتفي بمجرد النفي ، ولايحتاج إلى اللعان[٤] .

فأما إذا تزوج أخت[٥] امرأة تعتد منه: < ف > لا يجوز ،عندنا ، سواء كانت مطلقة طلاقا رجعيا أو بائنا أو ثلاثا، أو بالمحرمية[٦] الطارئة، وسواء كانت العدة عن النكاح ، أو عن الوطء بالشبهة .

وقال الشافعي: يجوز ، إلا فى الطلاق الرجعى ، لأن النكاح قائم من وجه،عندنا ،فى حالة العدة، والثابت من وجه،فى باب التحريم،كالثابت من كل وجه .

وكذلك:لايجوز له أن يتزوج أربعا أخرى،سواها،عندنا ـ خلافا له.

(١) فى حـ : « لا يطأها » .
(٢) فى ب و حـ :« تزوج » .
(٣) « عندنا » ليست فى ب .
(٤) « ولا يحتاج إلى اللعان » ليست فى ب و حـ ـ انظر الكاسانى ٢: ٢٦٥: ١٥ وما بعده.
(٥) « أخت » من ب و حـ .   (٦) فى حـ : « وبالحرمة » .

وأما إذا تزوج أخت[١] أم ولده، وهي تعتد منه، بأن أعتقها، ووجبت عليها العدة: فإنه لا يجوز، ويجوز أن يتزوج أربعا، سواها — وهذا عند أبي حنيفة رضي الله عنه.

وقال أبو يوسف ومحمد رحمة الله عليهما: يجوز ذلك كله.

وقال زفر: لا يجوز ذلك كله.

وأما الجمع بين الأختين في ملك اليمين: < ف > جائز عندنا — خلافا لمالك.

وأما الجمع بينهما وطئا: <ف> لا يجوز. لكن يطأ[٢] إحداهما، لا غير.

ولا يجمع بينهما في المس عن شهوة، والنظر إلى الفرج.

وإن أزال الموطوءة عن ملكه، أو زوجها من إنسان: يباح له الاستمتاع بالأخرى.

وهذا قول عامة الصحابة وعامة العلماء.

وروي عن عثمان بن عفان أنه قال: يحل الجمع بينهما[٣]، وطئاً، ولكن أنا لا أفعل.

وأما تحريم تقديم[٤] الأمة على الحرة — <فنقول>:

من كانت[٥] تحته حرة، لا يجوز له أن يتزوج الأمة. ومن كانت[٦]

---

(١) «أخت» ليست في ب.
(٢) «يطأ» من ب و ح.
(٣) «بينهما» من ب و ح.
(٤) كذا في ب و ح. وفي الأصل: «تقديم» — راجع ص ١٨٠، س ٨.
(٥) في ب: «كان». (٦) في ب و ح: «كان».

تحته أمة ، جاز له أن يتزوج الحرة . ولو جمع بين نكاح الأمة والحرة : لايجوز نكاح الأمة ، ويجوز نكاح الحرة[١] .

وأصله قوله عليه السلام : « لاتنكح الأمة على الحرة ، وتنكح الحرة على الأمة »[٢] .

وإذا كان قادراً على مهر الحرة ، ونفقتها : جاز له أن يتزوج الأمة، عندنا . وعند الشافعي :لايجوز .

ولو كانت الحرة في عدته ، فتزوج الأمة : لايجوز عند أبي حنيفة . وعندهما : يجوز . والصحيح قول أبي حنيفة رحمه الله ، لأن النكاح من وجه ، كالثابت من كل وجه ، في باب التحريم .

وأما التحريم بسبب حق الغير :

فنكاح **منكوحة الغير** : حرام ـ قال الله تعالى : « والمحصنات من النساء »[٣] .

وكذلك نكاح **معتدة الغير** ، لأن النكاح قائم من وجه ، وحقه محترم[٤] .

وكذلك منكوحة الذمي ومعتدته ، لأن حقه محترم .

---

(١) « نكاح الأمة ويجوز نكاح الحرة » ليست في ب و حـ .

(٢) في حـ كذا :« لا تنكحوا الأمة على الحرة وتنكحوا الحرة على الأمة » .

(٣) النساء : ٢٤ ـ وقد قدمنا نص الآيتين ٢٣ و ٢٤ من سورة النساء في الهامش ٤ ص ١٨٠ .

(٤) « وحقه محترم » ليست في ب .

فأما المسبيات[١] **المنكوحات** : فبعد[٢] الإحراز بدار الإسلام، تقع الفرقة، وتحل للسابي، وغيره، فلا عدة عليهن.

وعند الشافعي : تحل في دار الحرب.

وعلة الفرقة عنده هو[٣] السبي. وعندنا تباين الدارين، حتى لو سبي الزوجان معاً، لا تقع الفرقة، عندنا، لعدم تباين الدارين.

فأما المهاجرة، وهي المرأة التي دخلت دار الإسلام، مراغمة[٤] لزوجها، مسلمة[٥] أو ذمية، جاز نكاحها، ولا عدة عليها عند أبي حنيفة — وقالا : عليها العدة.

وأما إذا كانت حاملا، فعن أبي حنيفة روايتان : في رواية محمد : لا يتزوجها. وفي رواية أبي يوسف: يتزوج، ولكن [٦]لا يطأها حتى تضع حملها.

ولو تزوج امرأة حاملا، من زنا — جاز، ولا يطأها حتى تضع حملها عندهما.

وعند أبي يوسف : لا يصح النكاح.

والصحيح قولهما، لأنه لا حرمة لماء الزاني[٧]. ولكن لا يطأها لقوله عليه السلام: «من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يسقين ماءه زرع غيره». وروى عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال: «لا يحل لرجلين يؤمنان بالله واليوم الآخر أن يجتمعا

---

(١) سبي العدوّ أسره — والمسبيات النساء يسبين (يؤسرن) فيملكن (القاموس).

(٢) في ب : « فعند ».

(٣) في حـ : « وعليه العدة عنده وهو ».

(٤) أي مناضبة . (٥) في حـ : « أو مسلمة ».

(٦) من هنا ساقط من الأصل ومأخوذ عن ب حتى كلمة « بشهادتهم » الواردة في ص ١٩٦ انظر الهامش ٣ ص ١٩٦ . (٧) « لماء الزاني » من حـ . وفي ب : « للزاني ».

على امرأة فى طهر واحد » وحرمة الوطء، بعارض طارىء، على المحل، لاينافى النكاح، لابقاء ولا ابتداء، كالحيض والنفاس >[١] .

وأما التحريم بسبب الشرك ـ فنقول :

لايحل وطء **المشركات** ، بنكاح ، ولا بملك يمين . وتحل **الكتابيات** لقوله تعالى : « ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن »[٢]،وقال تعالى : « والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم »[٣] .

ويجوز نكاح الأمة الكتابية، كالحرة[٤]،عندنا ، خلافاً للشافعى.

وأما نكاح **المجوسيات**: < ف > لايجوز ، ولايحل وطؤهن بملك اليمين ، لأنه لا كتاب لهم.

فأما الصابئات: < ف > قال أبو حنيفة : يحل بالنكاح، وبملك اليمين، خلافا لهما ـ وهو ليس باختلاف فى الحقيقة ، وإنما الخلاف لاشتباه مذهبهم : فعند أبي حنيفة أنهم من أهل الكتاب ، فإنهم يقرأون الزبور ولا يعبدون

---

(١) من الكاسانى، ٢ : ٢٦٩ : ٥ من أسفل، وفى ب : « من كان يؤمن بالله واليوم <الآخر> فلا يجمع ماءه فى رحم واحد ». وفى حـ : « من كان يؤمن بالله واليوم< الآخر> فلا يجمعن ماءه فى رحم أختين » وهذا الحديث كما ورد فى الكاسانى (٢: ٢٦٤: ٢٦): « من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يجمعن ماءه فى رحم أختين » وقد ورد فى الكاسانى فى الكلام على عدم جواز الجمع بين أختين ملك يمين نكاحا .

(٢) البقرة : ٢٢١ .

(٣) المائدة : ٥ ـ : « اليوم أحل لكم الطيبات وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم وطعامكم حل لهم والمحصنات من المؤمنات والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم إذا آتيتموهن أجورهن محصنين غير مسافحين ولا متخذى أخدان ومن يكفر بالايمان فقد حبط عمله وهو فى الآخرة من الخاسرين ».

(٤) فى حـ كذا : « كالحرة سواء » .

الكواكب، لكن يعظمونها كتعظيم المسلمين الكعبة فى الاستقبال إليها .
وعندهما أنهم يعبدون الكواكب، فحكمهم حكم عباد الوثن .

وأما نكاح **الكفار** فيما بينهم : < ف > جائز .

وقال مالك : أنكحتهم فاسدة .

والصحيح قول العامة ، لأن النكاح سنة آدم عليه السلام ، فهم على شريعته فى ذلك ، وقال عليه السلام: « ولدت فى[١] نكاح ولم أولد فى[٢] سفاح » ، وإن كان آباؤه[٣] كفارا .

وأما **المرتد** < ة > : فلا يجوز لمسلم، ولا لكافر، ولا لمرتد، نكاحها ، لأنه لا ملة لها ، للحال ، لأنها تركت ملة الإسلام ، فلا تقر على[٤] ماصارت إليه من الملة .

ولو ارتد أحد الزوجين: يبطل النكاح.

ولو ارتدا ، معا[٥] : يبقى النكاح بينهما ـ عندنا[٦]، خلافاً لزفر ، لإجماع الصحابة على ذلك .

وأما < التحريم ب >[٧] سبب ملك اليمين :

< فهو >[٨] أنه لا يجوز نكاح جاريته، ولا مكاتبته، ولا جارية مديونه

---

(١) و(٢) فى حـ : « من » .
(٣) فى حـ : « أكثر آبائه » .
(٤) فى حـ : « ولا يقر إلى » . (٥) فى حـ : « ولو ارتد الزوجان معا » .
(٦) « عندنا » من حـ . (٧) فى حـ : « وأما تحريم سبب » . راجع ص ١٨٠ ، س ٩ .
(٨) فى الأصل و حـ : « وهو » . والأصل هنا هو ب : راجع فيما تقدم الهامش ٦ ص ١٩١ . وفيما بعد الهامش ٣ ص ١٩٦ .

دينا مستغرقا ، ولا جارية مشتركة[١] بينه وبين غيره، ولا جارية له فيها حق الملك ، كجاريته من أكساب عبده المأذون المديون وأكساب مكاتبه[٢].

وكذا المرأة : لا يجوز لها أن تتزوج مملوكها ، لأن في النكاح حقوقاً لا يجوز أن تثبت بين العبد والمولى ، لما بينهما من التنافي .

وكذلك : إذا اعترض ملك اليمين ، يبطل النكاح ، بأن ملك كل واحد من الزوجين صاحبه ، أو[٣] شقصا منه .

وقالوا في العبد والمدبر المأذونين : إذا اشتريا زوجتيهما[٤] : لا يفسد النكاح[٥] ، لأنه لا يثبت ملك المنفعة بملك اليمين في حقهما .

وكذا المكاتب : إذا اشترى زوجته، لم يفسد النكاح ، لأنه لا يملكها، وإنما يثبت له فيها حق الملك ، وإنه يمنع ابتداء النكاح، ولا يفسد[٦] ، كالعدة .

وقالوا فيمن زوج ابنته من مكاتبه، ثم مات : لم يفسد النكاح بينهما ، حتى يعجز ، لان المكاتب لا يورث . وعند الشافعي : يفسد .

وأما معتق[٧] البعض: فهو[٨] في حكم المكاتب عند أبي حنيفة. وعندهما: حر.

---

(١) « مشتركة » ليست في حـ .

(٢) في حـ : « حق الملك كجارية من أكساب مكاتبه وا كتساب عبده المأذون المديون » .

(٣) في حـ : « و » .

(٤) هكذا في حـ . الا أن فيها : « اشترى » . وفي ب : « وقالوا في العبد والمدبر والمأذون إذا اشتروا أزواجهم » .

(٥) « النكاح » من حـ .

(٦) « لأنه لا يملكها ... ولا يفسد » من حـ .

(٧) في حـ : « المعتق » .

(٨) « فهو » من حـ .

وأما التحريم بالطلاق الثلاث :

< فقد > ثبت بكتاب الله عز وجل : « فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره »[١] .

وأحكام المطلقة ثلاثاً تذكر فى كتاب الطلاق إن شاء الله تعالى .

. . .

ومنها[٢] ـ الولى والمهر : وفيهما خلاف ، على ما نذكر فى بابهما إن شاء الله تعالى .

. . .

ومنها ـ الشهادة : وهى شرط عند عامة العلماء .

وقال مالك : الإعلان شرط ، حتى إذا وجد الإعلان بدون حضرة الشهود ، نحو ضرب الدف والطبل ونحوه : ينعقد . ولو حضر شاهدان سراً عن الناس ، وشرطوا عليهما الكتمان : فإنه لا ينعقد .

والصحيح قول عامة العلماء[٣] ، لقوله عليه السلام : « لا نكاح إلا بشهود » .

ثم الشهود الذين ينعقد النكاح بهم فيهم شرائط :

منها ـ العقل ، والبلوغ ، والحرية : حتى لا ينعقد بحضرة الصبيان ، والمجانين ، والعبيد .

وكذا الإسلام ، فى حق نكاح المسلم والمسلمة ـ حتى لا يجوز إلا بحضرة المسلمين . فأما المسلم إذا تزوج ذمية بشهادة[٤] ذميين : جاز عند أبى

(١) البقرة : ٢٣٠ .
(٢) أى من شروط النكاح وقد تقدم ثلاثة شروط ـ راجع ص ١٧٩ و ١٨٠ .
(٣) هكذا فى حـ . وفى ب : « العامة » . (٤) هكذا فى حـ . وفى ب : « نشهادة » .

حنيفة وأبي يوسف . وقال محمد : لايجوز .

وكذا القاضي: لايقضى بنكاح المسلمة على المسلم إلا بشهادة المسلمين. وهل يقضى بنكاح المسلم على الذمية بشهادة الذميين ؟

إن ادعت الذمية النكاح على المسلم : لا يقبل ، لأنه شهادة على المسلم .

وإن جحدت الذمية [١] وادعى المسلم النكاح - هل يقضى بشهادة الذميين ؟ فهو على الاختلاف [٢] الذى ذكرنا فى الانعقاد .

وأما نكاح أهل الذمة فيما بينهم : <فإنه> ينعقد بشهادتهم [٣] عندنا ، سواء كانت مللهم متفقة ، كشهادة اليهود لليهود ، والنصارى للنصارى ، أو مختلفة ، كشهادة اليهود للنصارى .

وقال ابن أبي ليلى : يجوز عند اتفاق الملل ، دون اختلافها .

وعند الشافعي : لا يجوز أصلا .

ثم عندنا : إنما يجوز إذا كانوا من أهل دار واحدة ، بأن كانوا فى دار الإسلام أو فى دار الحرب . وأما إذا اختلفت الدور ، بأن كانت الشهود من أهل دار الحرب ، كشهادة المستأمنين فى نكاح [٤] الذمى: <ف> لا يصح . وإن كان على العكس : يصح ، كنكاح الذمى: ينعقد بشهادة المسلمين ، ولا ينعقد نكاح المسلم [٥] بشهادة أهل الذمة .

---

(١) هنا تكرار فى ب .

(٢) فى ح : « الخلاف » . راجع السطر الأسفل ص ١٩٥ — ص ١٩٦ .

(٣) انتهى هنا النقص فى الأصل والأخذ عن ب - راجع فيما تقدم الهامش ٦ ص ١٩١ .

(٤) فى ح : « بانكاح » (٥) فى ب : « المسلمة » .

ومنها ـ العدد : فهو شرط. وهو شهادة رجلين، أو رجل وامرأتين[١] ـ وهذا عندنا .

وقال الشافعى رحمه الله : لا يصح إلا بشهادة الرجلين[٢] .

وكذا الخلاف فى قضاء النكاح بشهادتهم .

وهذا إذا لم يتعلق به وجوب الحد ـ فأما إذا تعلق ، بأن قام[٣] الشهود على الزنا ، فأنكر الزانى الإحصان ، فشهد رجل وامرأتان على النكاح : يقبل أيضاً ، عند أصحابنا . وعند زفر لا يقبل .

وأما العدالة ـ فليست بشرط لانعقاد النكاح ، عندنا ، حتى ينعقد بشهادة الفاسقين .

وعند الشافعى رحمه الله : شرط .

وهل يقضى القاضى[٤] بالنكاح بشهادتهم ؟

فعنده : لا يقضى على كل حال .

وعندنا : إن كان القاضى تحرى الصدق فى شهادتهم : جاز ، وإلا فلا ـ فكان للفساق شهادة، عندنا[٥]، فى انعقاد النكاح، على كل حال[٦] . وفى[٧] صحة القضاء عند رجحان الصدق ، عند القاضى ، بالتحرى والتأمل

---

(١) فى ب : « وامرأتان » .

(٢) فى حـ : « المسلمين » .

(٣) فى ب : « أقام » .

(٤) « القاضى » ليست فى حـ .

(٥) « عندنا » من ب .

(٦) « على كل حال » من حـ .　　(٧) فى ب و حـ : « وفى حق صحة » .

فى أحواله : أن [١] مثل هذا الفاسق لا يكذب فى العادة [٢] .

وأما المحدود فى القذف : <ف> إن كان قبل التوبة وقبل إقامة الحد : <فإنه> ينعقد النكاح بشهادته عندنا ، خلافاً للشافعى رحمه الله .

وإن كان بعد التوبة : <ف> إن كان قبل إقامة الحد عليهم [٣] : <فإنه> ينعقد النكاح ، ويقبل شهادتهم بلا خلاف [٤] .

وإن كان بعد إقامة الحد : فإنه ينعقد النكاح بشهادتهم ، ولا تقبل شهادتهم عندنا .

وعند الشافعى : ينعقد ، وتقبل .

وكذا ينعقد النكاح بشهادة الاثنين ، منهما [٥] — عندنا [٦] ، خلافاً للشافعى .

وأما الأعمى : فينعقد النكاح بحضرتهم ، لأنهم من أهل الشهادة . وهل تقبل شهادتهم ؟

عند أبى حنيفة ومحمد رحمة الله عليهما : لا تقبل .

وقال أبو يوسف : إن كان بصيراً وقت التحمل : تقبل شهادته ، وإلا فلا [٧] .

---

(١) كذا فى حـ . وفى الأصل : « لأن » . انظر الهامش التالى .

(٢) فى ب : « والتأمل فى أحوال مثل هذا الفاسق : هل يكذب فى العادة ؟ » .

(٣) فى حـ : « عليه » .

(٤) « وإن كان بعد التوبة . . . بلا خلاف » ليست فى ب .

(٥) هكذا فى ب . وفى الأصل و حـ : « منها » .

(٦) « عندنا » ليست فى حـ .   (٧) زاد فى ب : « والله اعلم » .

باب

المهر

الكلام فى هذا الباب فى مواضع :

فى بيان كون المهر شرط جواز النكاح ،

وفى بيان تقدير المهر ،

وفى بيان ما يصلح مهراً وما لا يصلح[1] ،

وفى بيان ما يفسد به التسمية وما يصح معه التسمية ،

وفى بيان[2] ما يستحق به جميع المهر ، وما يسقط به[3] نصف المهر ،

وفى بيان ما يجب عليها من التسليم عند قبض المهر أو تأجيله ،

وفى بيان حكم الاختلاف بين الزوجين فى المهر ،

وفى بيان ذكر المهر على طريق الريا[4] ، والسمعة ، والتلجئة .

أما الأول ـ فنقول :

إن المهر شرط جواز النكاح ـ حتى[5] لا يجوز النكاح بدون المهر ، حتى إن من تزوج امرأة بغير مهر ، أو بشرط[6] أن لا مهر لها ، وأجازت

---

(١) « ومالا يصلح » من ب . وفى حـ : « أو ما لا يصلح » .

(٢) « وفى بيان » ليست فى ب .

(٣) « به » من ب و حـ .

(٤) فى القاموس المحيط : « راأيته مراءاةً ورئاءً أريته على خلاف ما أنا عليه ... وعمل رئاءً وسمعةً » .

(٥) « حتى » من ب .

(٦) فى حـ : « وشرط » . وفى ب : « أو شرط » .

المرأة - فإن النكاح ينعقد ، ويجب مهر المثل ، عند أصحابنا .

وعند الشافعي : النكاح جائز بغير مهر .

والصحيح قولنا ، لقوله تعالى : « وأحل لكم ما وراء ذلكم : أن تبتغوا بأموالكم [1] » - الله تعالى أحل النكاح بشرط المال ، فلا [2] يكون مشروعاً بدونه . فإذا نفى المهر ، وشرط خلو النكاح عن المهر ، فقد شرط شرطاً فاسداً . والنكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة . فيصح النكاح ، ويبطل الشرط . فيجب العوض الأصلي ، وهو مهر المثل .

وحكم كيفية وجوب مهر المثل ، والمتعة ، نذكر في موضعه إن شاء الله تعالى .

• • •

وأما بيان تقدير المهر [3]

فعندنا المهر مقدر ، وأدناه عشرة دراهم فضة ، أو دينار ذهب خالص .

وقال الشافعي : المهر غير مقدر ، والقليل والكثير فيه سواء .

---

(١) النساء : من الآية ٢٤ وهي متصلة بما قبلها من الآيات ٢١—٢٣ ونوردها فيما يلي: « ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء إلا ما قد سلف : إنه كان فاحشة ، ومقتا ، وساء سبيلا. حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم وأخواتكم وعماتكم وخالاتكم وبنات الأخ وبنات الأخت وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة وأمهات نسائكم وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن فإن لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم وأن تجمعوا بين الأختين إلا ما قد سلف إن الله كان غفوراً رحيما. والمحصنات من النساء إلا ما ملكت أيمانكم كتاب الله عليكم وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم محصنين غير مسافحين فما استمتعتم به منهن فآتوهن أجورهن فريضة ولا جناح عليكم فيما تراضيتم به من بعد الفريضة إن الله كان عليما حكيما » .

(٢) في ح : « ولا » . (٣) في ب : « مهر المثل » .

والصحيح قولنا ، لقوله تعالى : « قد علمنا ما فرضنا عليهم فى أزواجهم »[1] أى قدرنا .

وإذا ثبت أن أقل مقدار المهر عشرة ، فإذا سمى أقل من عشرة هل يصح التسمية؟ فعند أصحابنا الثلاثة : تصح التسمية ، ويكمل المهر عشرة دراهم.

وعلى قول زفر : يجب مهر المثل ، ولا تصح التسمية[2] .

والصحيح قولنا ، وهو أن التقدير حق الشرع ، فمتى قدرا بأقل من عشرة ، فقد أسقطا حق أنفسهما ، ورضيا بالأقل[3] ، فلا[4] يصح فى حق الشرع ، فيجب[5] أدنى المقادير ، وهو العشرة.

* * *

وأما بيان ما يصلح مهراً وما لا يصلح[6] - فنقول :

المهر ما يكون مالا متقوماً عند الناس . فإذا سميا ما هو مال : يصح التسمية ، وما لا فلا .

فإذا تزوج امرأة على ما هو مال مطلق ، كالنقود والأعيان : صحت

---

(١) من الآية ٥٠ من سورة الأحزاب والآية : « يا أيها النبى إنا أحللنا لك أزواجك اللاتى آتيت أجورهن وما ملكت يمينك مما أفاء الله عليك وبنات عمك وبنات عماتك وبنات خالك وبنات خالاتك اللاتى هاجرن معك وامرأة مؤمنة إن وهبت نفسها للنبى إن أراد النبى أن يستنكحها خالصة لك من دون المؤمنين قد علمنا ما فرضنا عليهم فى أزواجهم وما ملكت أيمانهم لكيلا يكون عليك حرج وكان الله غفورا رحيما » .

(٢) فى هذا الموضع من النسخة حـ ، قدمت ورقتان خطأ برقمى ١٤٥ و ١٤٦ وحقيقتهما ١٥٣ و ١٥٤ والواجب نقلهما من مكانهما الحالى ووضعهما فى مكانهما الصحيح وإجراء ما يترتب على ذلك من تصحيح الترقيم .

(٣) فى ب : « بأقل » . (٤) فى حـ : « ولا » .

(٥) فى ب و حـ : « ويجب » . (٦) « وما لا يصلح » ليست فى حـ .

التسمية [١] .

وإذا تزوج على منافع الأعيان ، كالدور ، والحيوان ، والعقار : جاز ، لأنها مال متقوم عند الناس [٢] .

وإذا تزوج على منافع الحر ، لا يجوز : بأن زوجت نفسها من رجل على أن يخدمها سنة ، أو يرعى إبلها أو غنمها سنة ، لأن منافع الحر ليست بمال ، وإنما يجوز عقد الإجارة عليها ، ويتقوم باتفاق العاقدين ، بطريق الضرورة [٣] ، ولا ضرورة في النكاح .

وعن ابن سماعة عن محمد أنه إذا تزوجها على أن يرعى غنمها سنة : جاز — فيكون في المسألة روايتان .

وإذا لم تصح التسمية ما حكمها ؟

قال أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله : لها مهر مثلها ، لأن التسمية لم تصح .

وقال محمد رحمه الله : لها قيمة خدمته [٤] سنة ، لأن التسمية قد صحت ،

---

(١) هنا تكرار في ب .

(٢) « وإذا تزوج على منافع الأعيان ... الناس » ساقطة من حـ .

(٣) في ب : « الدلالة » .

(٤) هكذا في ب . وفي الأصل وفي حـ : « خدمتها » : قال المرغيناني في البداية (حـ ٢ ، ص ٤٠٥) : « وإن تزوج حر امرأة على خدمته إياها سنة أو على تعليم القرآن فلها مهر مثلها . وقال محمد : لها قيمة خدمته سنة » . — وأصل هذا قول محمد في الجامع الصغير (ص ٣٥ — ٣٦) : « رجل تزوج امرأة على خدمتها سنة : فإن كان حرا فعليه مهر مثلها ، وإن كان عبدا فلها خدمته . وقال محمد : لها في الحر قيمة الخدمة » .

لكن تعذر التسليم عليه، لأنه لا يجوز لها استخدامه[١]، بل عليها خدمة[٢] الزوج، فيجب قيمة الخدمة، كما لو تزوج على عبد، فاستحق، تجب قيمته[٣]، لا مهر المثل ـ كذا هذا، حتى إن رعى الغنم والعمل خارج البيت، لما لم يكن من باب الاستخدام، صحت التسمية.

ولو تزوج امرأة على خمر أو خنزير، أو على طلاق ضرتها، أو على العفو عن القصاص[٤]، أو على أن لا يخرجها من بلدها، ونحو ذلك ـ فالنكاح صحيح، وبطلت التسمية، ويجب مهر المثل، لأن هذه الأشياء ليست بمال.

ولو جمع بين ما هو مال وبين ما ليس بمال، لكن لها فيه منفعة: إن[٥] كان شيئاً يباح لها الانتفاع به[٦]، كطلاق الضرة والإمساك في بلدها ونحو ذلك: فإن وفى بالمنفعة وأوصل إليها، فإنه لا يجب إلا المسمى، إذا كان عشرة، فصاعداً، لأنها أسقطت حقها عن[٧] مهر المثل، لغرض صحيح، وقد حصل. وإن لم يف بما وعد لها: إن كان ما سمى لها من المال مثل مهر المثل أو أكثر، فلا شيء لها، إلا ذلك

---

(١) في حـ: « لا يجوز عليه استخدامها ».

(٢) في حـ: « استخدام ».

(٣) في حـ: « فاستحق العبد يجب عليه قيمته ».

(٤) في ب و حـ: « قصاص ».

(٥) في حـ: « لكن فيها منفعة بأن ».

(٦) في الأصل و ب و حـ: « بها ».

(٧) في حـ: « غير » ـ والمقصود فيما زاد على مهر المثل

المسمى، وإن كان ماسمى لها أقل من مهر مثلها، يكمل لها مهر مثلها، عندنا.
وعند زفر: إن كان ماوعد لها، سوى المسمى، شيئاً هو مال، كما إذا شرط أن يهدى لها هدية، فلم يف: يكمل مهر المثل[١]، وإن كان شيئاً ليس بمال، فلم يف: فلا يجب إلا المسمى.

والصحيح قولنا، لأنها لم ترض بإسقاط حقها عن كمال مهر المثل إلا بغرض[٢] مرغوب فيه عند الناس وحلال شرعاً، فإذا لم يحصل الغرض[٣] يعود حقها إلى المعوض، وهو مهر المثل.

وأما إذا كان وعد لها شيئاً لا يباح الانتفاع به[٤]، كالخمر والخنزير: فإن كان المهر المسمى عشرة فصاعداً: يجب ذلك، ويبطل الحرام، ولا يجب على الزوج تكميل مهر المثل. لأن الخمر لا منفعة للمسلم فيها، فلا يجب لفواتها[٥] عوض.

. . .

وأما بيان ما يصح معه التسمية، وما لا يصح - فنقول:

التسمية لا تصح مع الجهالة الفاحشة. وتصح مع الجهالة المستدركة.

وبيان ذلك أن المهر أنواع ثلاثة:

نوع هو مجهول الجنس - وهذه الجهالة تبطل التسمية، ويجب مهر

---

(١) «يكمل مهر المثل» ليست فى حـ.
(٢) و (٣) فى ب: «بعوض»، «العوض».
(٤) فى الأصل وغيره: «بها».
(٥) فى حـ: «ولا يجب بفواتها».

المثل ، بالغاً ما بلغ .

وذلك نحو أن يتزوج على ثوب أو دابة أو حيوان أودار، لأن الثوب مجهول الجنس : يقع على الخز والبز [١] ، وكل ذلك ينقسم أنواعاً مختلفة . وكذلك الدار : فإنها تختلف باختلاف البلدان ، والمحال ، والسكك ، وتختلف في أنفسها من حيث الصغر والكبر ونحو ذلك .

ونوع هو معلوم الجنس والنوع ، مختلف الوصف والقدر _ كما إذا تزوج امرأة على عبد أو أمة أو تزوج على[٢] فرس أو على جمل أو على بقر[٣] ونحو ذلك _ وهذا معلوم النوع مختلف الأوصاف [٤] .

وحكمه أن الزوج بالخيار : إن شاء[٥] أعطاها الوسط من ذلك ، وإن شاء أعطاها القيمة[٦] ، وتجبر المرأة على القبول ، بخلاف البيع : فإن هذا لا يصلح ثمناً في باب البيع ، لأن النكاح يحتمل ضرباً من الجهالة ، فإنه يجوز بمهر المثل مع جهالته ، فكل[٧] جهالة هي نظير جهالة مهر المثل لا تمنع

---

(١) البَزّ نوع من الثياب . وقيل : الثياب خاصة من أمتعة البيت . وقيل : أمتعة التاجر من الثياب . وفي حـ : « والبرد » .

(٢) « عبد أو أمة أو تزوج على » ليست في ب .

(٣) كذا في حـ ، وفي الأصل : « وبقر » . وفي ب : « أو بقر » .

(٤) « وهذا معلوم ... الأوصاف » من ب . وفي حـ : « فهذا معلوم النوع ومختلف الأوصاف » .

(٥) « شاء » من ب و حـ .

(٦) في ب و حـ : « قيمته » .

(٧) في حـ : « وكل » .

صحة التسمية ، وجهالة الوصف والقدر نظير ذلك ـ فأما البيع : فلايصح مع الجهالة أصلا .

ونوع هو معلوم الجنس ، والنوع [١] ، والقدر [٢] ، والصفة ـ كما إذا تزوج على مكيل أو موزون موصوف فى الذمة : فإنه يجوز ، ولا خيار للزوج فى ذلك ، بل يجبر الزوج على دفعه إليها ، ولا يجوز أن يدفع قيمة ذلك ، إلا برضاها ، لأن هذا يثبت ديناً [٣] فى الذمة صحيحاً ـ ولهذا جاز البيع به [٤] .

فأما إذا تزوج على كر حنطة مطلقة ولم يصفها : ذكر ههنا وقال : إن شاء الزوج أعطاها كراً وسطاً ، وإن شاء أعطاها قيمته .

وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمة الله عليه أنه قال [٥] : يجبر الزوج على تسليم الكر ، ولا يجوز له أن يدفع القيمة بدون رضاها ـ وعلى هذا مسائل .

• • •

وأما بيان ما يستحق به جميع المهر ، وما يسقط به النصف ـ فنقول [٦] :

المهر يستحق بالعقد .

---

(١) « والنوع » ليست فى ب و ح .

(٢) « والقدر » ليست فى ح .

(٣) « دينا » ليست فى ح .

(٤) فى ح : « فيه » .

(٥) « قال » من ب و ح .

(٦) فى ح : « وأما بيان مايستحق به النصف فنقول » .

ويتأكد : بالوطء ، والخلوة الصحيحة ، وموت أحد الزوجين .

وهو نوعان : المسمى ، ومهر المثل .

فإن كان المهر مسمى، وطلق بعد الوطء ، أو الخلوة الصحيحة ، أو وجد [1] موت أحد الزوجين : فإنه يجب كمال المهر [2] المسمى — وهذا عندنا .

وعلى قول الشافعي : لا [3] يتأكد بالخلوة .

ثم الخلوة الصحيحة أن لا يكون ثم مانع : من حيث الحس ، ولا من حيث الشرع .

أما من حيث الحس: <ف> كالمرض الذي يمنع [4] الوطء ، ووجود ثالث في الدار معهما ، وكون المرأة رتقاء [5] .

وأما الجب[6] : <ف> لا يمنع صحة الخلوة عند أبي حنيفة — خلافاً لهما .

---

(١) كذا في ب و حـ . وفي الأصل كذا : « أو بعد » .

(٢) « المهر » من حـ .

(٣) « لا » ساقطة من حـ : قال الغزالي في الوجيز (حـ ٢ ص ٢٦) : « ولا يتقرر كمال المهر إلا بالوطء ، أو بموت أحد الزوجين ، ولا يتقرر بالخلوة على القول الجديد » .

(٤) في حـ : « يمنعه من » .

(٥) امرأة رتقاء بينة الرتق : إذا لم يكن لها خرق إلا المبال (المغرب) . وفي المصباح : رتقت الفتق رتقا من باب قتل سددته .

(٦) أي استئصال الذكر والخصيين — من الجب بمعنى القطع . والمجبوب هو الخصي (المغرب).

والعنة [١] لا تمنع بالإجماع .

وأما من حيث الشرع : <ف> بأن كانت المرأة حائضا ، أو نفساء ، أو كان أحدهما صائماً صوم شهر رمضان ، أو محرماً [٢] بحجة ، فريضة أو نفلا . وفى غير صوم شهر رمضان روايتان .

وإن طلقها قبل الدخول بها : يجب نصف المهر [٣] المسمى [٤] ، سواء كان المهر عيناً أو ديناً .

ولو زاد الزوج على المهر المسمى ، ثم طلقها قبل الدخول بها : فإنه يتنصف المسمى فى العقد ، ولا تتنصف الزيادة فى أشهر الروايات . وعن أبى يوسف أنه تتنصف الزيادة .

- وإن فرض المهر هو أو [٥] القاضى فى موضع لا تسمية فيه ، ثم

---

(١) « العنة على زعمهم اسم من العنين وهو الذى لا يقدر على إتيان النساء » المغرب .

(٢) « أو محرما » ساقطة من حـ .

(٣) « المهر » من ب و حـ . وفى ب : « يتنصف المهر »

(٤) « المسمى » ليست فى ب .

(٥) « هو أو » ليست فى ب و حـ . والذى فيهما : « وإن فرض القاضى المهر فى موضع .. » . وفى الكاسانى (٢ : ٣٠٢ ـ ٣٠٣) : « ... فالطلاق الذى تجب فيه المتعة نوعان : أحدهما أن يكون قبل الدخول فى نكاح لا تسمية فيه ولا فرض بعده ... والثانى أن يكون قبل الدخول فى نكاح لم يسم فيه المهر وإنما فرض بعده ، وهذا قول أبى حنيفة ومحمد ، وهو قول أبى يوسف الأخير وكان يقول أولا يجب نصف المفروض كما إذا كان المهر مفروضاً فى العقد » . راجع أيضا : ابن الهمام على الهداية ، ٢ : ٤٤٢ ـ ٤٤٣ ـ فما فى المتن صحيح وهو أوضح مما فى ب و حـ .

طلق قبل الدخول ، فإنه لا يتنصف المفروض بعد العقد أيضاً .

وروى عن أبي يوسف أنه يتنصف .

وأما مهر المثل - فإنه يتأكد أيضاً، بما يتأكد به المسمى، من: الموت، والدخول ، والخلوة .

وإذا طلقها قبل الدخول: فإنه لا يتنصف مهر المثل، عندنا [١] - خلافاً للشافعي [٢] . ولكن تجب المتعة ، وهى ثلاثة أثواب : درع ، وخمار ، وملحفة [٣] . ويعتبر فيها حال الرجل [٤] ، كما فى النفقة ، وهو الصحيح ، وفى مهر المثل يعتبر حالها .

---

(١) فى ب و حـ : « عندهما » . والصحيح مافى المتن - راجع الكاسانى (٢ : ٣٠٢) ، والبابرتى وابن الهمام على الهداية (٢ : ٤٤١) .

(٢) هكذا فى الأصل و ب و حـ . وفى الكاسانى والمرغينانى والبابرتى (فى المواضع المذكورة فى الهامش السابق) : « خلافا لمالك » . وفى ابن الهمام (فى الموضع سالف البيان) أن الشافعى وأحمد كالحنفية فقد قال: « متعة المطلقة قبل الدخول - التى لم يفرض لها مهر فى العقد - واجبة عندنا ، وعند الشافعى وأحمد » . أما فى كتب المالكية فقد قال ابن جزى، (ص ٢٠٤) : « وإن طلقها قبل الدخول فلا نصف لها إلا إن كان قد فرض لها » وقال ابن رشد (بداية المجتهد، ٢ : ٢١) : « إذا قامت المرأة تطلب أن يفرض لها مهرا فقالت طائفة: يفرض لها مهر مثلها، وليس للزوج فى ذلك خيار . فإن طلق بعد الحكم: فمن هؤلاء من قال : لها نصف الصداق ، ومنهم من قال : ليس لها شىء أصلا ، لأن أصل الفرض لم يكن فى عقدة النكاح - وهو قول أبى حنيفة وأصحابه ، وقال مالك وأصحابه : الزوج بين خيارات ثلاث : إما أن يطلق ولا يفرض ، وإما أن يفرض ماتطلبه المرأة به، وإما أن يفرض صداق المثل ويلزمها... » . وأما فى كتب الشافعية فقد قال الغزالى فى الوجيز (٢ : ٢٩) : « ولا خلاف أنها لا تستحق الشطر عند الطلاق (أى قبل الدخول) إلا إذا جرى الفرض بعد العقد ... ومعنى الفرض تعيين الصداق أو تقديره، وكان الواجب بالعقد أو بالمسيس المنتظر مهر المثل أو ما تراضى به الزوجان » وقال الشربينى الخطيب على ابن شجاع (الإقناع ، ٢ : ١٣٦) : « ولو طلق الزوج قبل فرض ووطء فلا شطر » .

(٣) درع المرأة ماتلبسه فوق القميص . والخمار ما تغطى به المرأة رأسها، والملحفة الملاءة وهى ما تلتحف به المرأة (المغرب) .

(٤) فى ب و حـ : « الزوج » .

والمتعة نوعان : واجبة ، ومستحبة :

فالواجبة ـ لا تكون إلا لمطلقة واحدة : وهى التى طلقها قبل الدخول بها ، فى نكاح ، لا تسمية فيه .

وأما المستحبة ـ فهى ثابتة لكل مطلقة ، لم تستحق ، بالطلاق ، جميع المهر ، ولا نصفه ، إلا أن تكون الفرقة من قبل المرأة : فإنه لا يستحب[١] فيها المتعة ، مدخولا بها ، أو لم يكن ، لأنها جانية ، فكيف يستحب[٢] الإحسان فى حقها ؟

. . .

وأما بيان ما يجب عليها من تسليم النفس ، وما لها من حق[٣] المنع ـ فنقول :

إن تسليم النفس بمقابلة تسليم المهر .

فقبل تسليم المهر[٤] إليها : لها أن تمنع نفسها من الزوج ، ولها أن تسافر ، وتذهب حيث شاءت ، بغير إذن الزوج .

وإن سلم المهر إليها : فله أن يطالبها بتسليم النفس إليه ، والدخول فى بيته ، والتمكين من الاستمتاع بها . ولا يجوز لها أن تخرج من بيت الزوج إلا بإذنه : لا[٥] إلى سفر ، ولا إلى زيارة الأبوين ، ولا إلى

---

(١) فى حـ : « لا يستحق » . وفى ب : « فإنها لا تستحب » .

(٢) فى حـ : « فكيف يستحق » .

(٣) « حق » ليست فى ب . و « وما لها من حق » ليست فى حـ فيها : « النفس والمنع » .

(٤) « فقبل تسليم المهر » من ب و حـ .

(٥) فى ب : « ولا » .

قضاء حاجة ما[١] ، إلا سفر الحج ، إذا كان عليها حجة الإسلام ، ووجدت محرماً .

وإن بقى درهم من المهر على الزوج : فلها حق المنع ، وأن تخرج من مصرها .

هذا إذا كان المهر حالا[٢] . فأما إذا كان المهر مؤجلاً إلى أجل معلوم: <ف> يجب عليها تسليم النفس ، للحال ، عند أبي حنيفة ومحمد رحمة الله عليهما ، لأنها رضيت بإسقاط حقها . فلم يسقط حق الزوج بدون رضاه .

وقال أبو يوسف آخراً : لها أن تمنع نفسها ، بالمؤجل ، لأن حق الاستمتاع بها بمقابلة تسليم المهر ، فمتى طلب تأجيل المهر ، فقد رضي بتأخير حقه في الاستمتاع .

ولو كان مؤجلا إلى أجل غير[٣] معلوم، كما إذا أجل إلى الميسرة، أو قال: « أتزوجك على ألف مؤجلة » : فإنه يثبت المهر حالا ، ويبطل الأجل .

ولو كان بعضه حالا ، وبعضه مؤجلا، أجلا معلوماً[٤]: فليس لها أن تمنع نفسها بالإجماع : أما عندهما ، فلأن الزوج ما رضي بإسقاط حقه .

(١) في ب : « حاجتها » وفي حـ كذا : « حاجة إما إلى سفر ... » .

(٢) « هذا إذا كان المهر حالا » وردت في حـ بعد قوله : « ووجدت محرماً » ، وقبل : « وإن بقى درهم » الواردين في السطرين الثاني والثالث في هذه الصفحة .

(٣) « غير » ليست في حـ .

(٤) « أجلا معلوماً » من ب .

وأما عند أبي يوسف : فلأنه لما عجل البعض[١] ، لم يرض بتأخير حقه في الاستمتاع .

ولو لم يدخل بها الزوج حتى حل أجل الباقي، فكذلك الجواب، لما قلنا.

فأما إذا كان الكل مؤجلا ، وشرط أن يدخل بها ، قبل أن يعطيها : فله[٢] ذلك ، عند أبي يوسف أيضاً ، لأنه لما شرط الدخول ، لم يرض بتأخير حقه في الاستمتاع .

ولو مكنت المرأة ، برضاها ، حتى وطئها ، قبل تسليم المهر إليها ، وقد تزوجها من غير أجل ، ثم أرادت أن تمنع نفسها بعد ذلك : فلها ذلك عند أبي حنيفة .

وقال أبو يوسف ومحمد[٣] : ليس لها ذلك .

فهما يقولان : إن التسليم الصحيح قد وجد ، حتى يتأكد المهر ، فلا[٤] يكون لها حق الامتناع[٥] ، كما في البيع[٦] : إذا سلم المبيع قبل قبض الثمن : صح ، وليس له حق الرجوع ـ كذا هذا . وأبو حنيفة يقول : إن المهر مقابل بالاستمتاع ، في جميع العمر ، لا[٧]

---

(١) « البعض » من ب . وفي الأصل و حـ : « النصف » .
(٢) في حـ : « فليس له » . وفي ب : « فلها » .
(٣) « ومحمد » ساقطة من حـ .
(٤) في حـ : « أو لا » .
(٥) في ب و حـ : « حق الاسترجاع » .
(٦) كذا في ب . وفي الأصل : « المبيع » .
(٧) « لا » ساقطة من حـ .

بمجرد تسليم النفس ، بدليل أنها لو انتقلت إلى بيت الزوج ، كان لها حق المنع ، ما لم تقبض المهر ، وقد وجد تسليم بعض المنفعة ، فكان لها [١] حق منع الباقي ، كما لو باع عبدين ، فسلم أحدهما قبل قبض الثمن : كان له أن يحبس الآخر ، حتى يستوفى الثمن [٢] .

. . .

وأما بيان اختلاف الزوجين في المهر ـ فنقول :

إذا اختلف الزوجان فى مقدار المهر : فقال الزوج : « تزوجتها على ألف درهم » ، وقالت المرأة : « على ألفين » :

فإن كان لأحدهما بينة : تقبل بينته ، ولا يقبل قول الآخر .

وإن كان لهما بينة : فبينة المرأة أولى ، لأنها أكثر إثباتاً .

وإن لم يكن لهما [٣] بينة : تحالفا ، ويبدأ بيمين الزوج : فإن نكل ، يقضى عليه بما تدعيه المرأة . وإن حلف ، تحلف المرأة : فإن نكلت ، يقضى عليها [٤] بما يدعيه الزوج . وإن حلفت ، سقط اعتبار التسمية ، بالحلف ، ويحكم بمهر [٥] المثل الذى هو العوض الأصلى ، فإن كان مهر

---

(١) « لها » ليست فى حـ .

(٢) « كما لو باع . . . الثمن » ليست فى ب و حـ ـ والذي فيهما : « . . . منع الباقى كما فى الإجارة المطلقة : إذا سلم الدار أو النفس ، قبل قبض الأجرة كلها ، كان له حق المنع بعد ذلك فى حق ما لم يقبض ـ كذا هذا » وما فى الكاسانى (٢ : ٢٨٩ — ٢٩٠) مثل ما فى المتن .

(٣) فى ب : « لها » .

(٤) « عليها » من ب و حـ .

(٥) الباء من ب و حـ .

مثلها[١] مثل ما قال الزوج ، أو أقل : فلها ما قال الزوج ، لأن الظاهر شاهد له . وإن كان مثل ما ادعت المرأة أو أكثر : فلها ما ادعت. وإن كان مهر مثلها فوق ما قال الزوج[٢] ، ودون ما ادعت : فلها مهر مثلها .

وقال أبو يوسف : القول قول الزوج ، إلا أن يأتي بشيء مستنكر جداً ، لأنه منكر ، إلا إذا خالفه[٣] الظاهر - وتفسير المستنكر[٤] ، في رواية : أن يكون أقل من عشرة دراهم . وفي رواية: أن يذكر شيئاً لا تتزوج مثل تلك المرأة عليه - وهو الأصح[٥] ، لأن المهر في الشرع لا يكون أقل من عشرة دراهم[٦] .

وذكر أبو الحسن[٧] التحالف في الفصول الثلاثة .

وعن أبي بكر الرازي[٨] أن التحالف يكون في فصل واحد ، وهو ما إذا لم[٩] يشهد مهر المثل لدعواهما. فأما إذا كان مهر المثل مثل[١٠]

---

(١) « الذي هو . . . مهر مثلها » ساقطة من ب . وفي حـ : « الذي هو الفرض الأصلي ، وإن كان مهر مثلها » .

(٢) هنا تكرار في ب .

(٣) في حـ : « إلا أن يأتي بشيء منكر إلا إذا خالفه » .

(٤) في حـ : « المنكر » .

(٥) في حـ كذا : « أن يذكر شيئاً قبل تلك المرأة به - وهو الأصح » .

(٦) « دراهم » من ب .

(٧) أي الكرخي - راجع ترجمته في الهامش ٣ ص ٩ من الجزء الأول .

(٨) راجع ترجمته في الهامش ٥ ص ٢٠٦ من الجزء الأول .

(٩) « لم » ساقطة من حـ .

(١٠) « مثل » ليست في ب .

ما يدعيه أحدهما ، فالظاهر شاهد له ، فلا حاجة إلى التحالف.

والصحيح ما قاله أبو الحسن ، لأن مهر المثل لا يعتبر عند وجود التسمية ، فلا [١] يسقط [٢] اعتبار التسمية إلا بالحلف ، لأن الظاهر لا يكون حجة على الغير.

وعلى هذا الخلاف : إذا قال الزوج : « تزوجتك على هذا العبد » ، وقالت المرأة : « على هذه الجارية » ـ إلا فى فصل واحد وهو أنه إذا [٣] كان مهر مثلها مثل قيمة الجارية أو أكثر ، فلها قيمة الجارية لا عينها ، لأن تمليك الجارية لا يكون إلا بالتراضى ، ولم يتفقا عليه ، فوجب القضاء بقيمتها [٤].

وعلى هذا الأصل [٥] : إذا اختلفا فى طعام بعينه : فقال الزوج : « إنه كُر » ، وقالت المرأة : « شرطت [٦] أنه كُران » ـ لأن القدر معقود عليه فى الطعام المعين ، بخلاف القدر فى الثوب المعين : فإنه بمنزلة الصفة ـ والاختلاف فى مقدار ما يتعلق [٧] العقد على قدره يوجب [٨]

---

(١) فى ب : « ولا ».
(٢) زاد هنا فى حـ : « عند ».
(٣) « إذا » : ليست فى حـ.
(٤) هكذا فى ب و حـ . وفى الأصل : « بقيمتها ».
(٥) « الأصل » من ب.
(٦) « شرطت » من ب . وفى حـ : « اشترطت ».
(٧) زاد فى حـ هنا : « به ».
(٨) فى حـ : « فوجب » . وفى ب : « فإنه يوجب ».

التحالف، فأما الاختلاف، فى الصفة، فى المبيع المعين[١] فلا. فأما الذرع[٢] والكيل والصفة إذا كان فى الذمة، فهو معقود عليها[٣]. فإذا اختلفا فيها تحالفا.

وعلى هذا أيضاً: إذا ادعى أحدهما ألف درهم، والآخر مائة دينار، فهو مثل الألف والألفين[٤]. يعنى أن مهر مثلها إن كان مثل[٥] مائة دينار أو أكثر، فلها مائة دينار، لأن مهر المثل يقضى به من جنس الدراهم والدنانير، فجاز أن يستحق المائة دينار من غير تراض، بخلاف العبد والجارية[٦]، لما ذكرنا.

ولو طلقها قبل الدخول بها: فلها نصف الألف فى مسألة الألف[٧] والألفين[٨]، بالاتفاق، لأن مهر المثل لا يجب فى الطلاق قبل الدخول، ولا يمكن التحكيم[٩] به، فيجب المتيقن[١٠]، وهو نصف الألف. وفى مسألة الجارية والعبد[١١]: لها المتعة، إلا أن ترضى أن يأخذ نصف العبد[١٢].

(١) فى ب: « فى باب بيع العين ». وفى حـ: « فى باب البيع العين ».
(٢) فى حـ: « وأما بالذرع ».
(٣) هنا تكرار فى ب. (٤) راجع ص ٢١٣.
(٥) « مثل » من ب و حـ.
(٦) فى ب: « العبد والخادم ».
(٧) « فى مسألة الألف » ليست فى ب.
(٨) بأن قال الزوج: « تزوجتها على الف درهم »، وقالت الزوجة: « على ألفين » — راجع ص ٢١٣.
(٩) فى ب: « فلا يمكن التحكم ».
(١٠) زاد هنا فى ب: « به ». (١١) وردت فى ص ٢١٥.
(١٢) فى ب: « إلا أن رضى أن يأخذ نصف الجارية ». وفى حـ: « إلا أن يتراضيا أن يأخذ نصف الأقل فيهما ». راجع الكاساني (٢ : ٣٠٨) وفيه مثل ما فى ب.

لأنهما لم يتفقا على تسمية أحدهما ، فلم يمكن القضاء بنصف الأقل ، إلا باختيارهما ، بخلاف الألف والألفين .

وأما إذا كان المهر ديناً [١] ،فاختلفا فى جنسه أو نوعه أو صفته [٢] : فهو كالاختلاف فى العبدين [٣] ، لأن كل واحد من الجنسين لا يملك إلا بالتراضى ، فهو كالاختلاف فى العبدين [٤]و[٥] .

• • •

وأما بيان التلجئة فى المهر - فنقول :

التلجئة والهزل إما أن يكون فى نفس النكاح ، أو فى مقدار المهر ، أو فى جنس المهر .

أما فى نفس [٦] النكاح - <ف> لا تصح التلجئة،ويصح النكاح [٧] .

وصورته : إذا تواضعا فى السر على أن يظهر النكاح ،رياء [٨] وسمعة، ولا يكون نكاح بينهما حقيقة ، فأظهرا عقد النكاح،بشرائطه ، عند الناس - فإن النكاح صحيح ، وإن ثبتا على المواضعة ، لأن النكاح لا يفسد مع الهزل ، لقوله عليه السلام : « ثلاث جدهن جد ، وهزلهن جد : العتاق، والطلاق، والنكاح » .

---

(١) فى ب و حـ : « ديناراً » .

(٢) فى حـ : « ونوعه وصفته » .

(٣) فى ب : « فى العبد » .

(٤) « لأن كل ... فى العبدين » من ب و حـ . راجع ص ٢١٥ و ٢١٦ .

(٥) زاد فى ب هنا : « والله أعلم » .

(٦) فى ب : « فى جنس » .

(٧) « التلجئة ويصح النكاح » من ب و حـ .

(٨) راجع الهامش ٤ ص ١٩٩ .

أما إذا كان الهزل فى مقدار المهر ـ بأن اتفقا فى السر على أن يكون المهر مائة ، ويظهرا مائتى درهم ، فتزوجا[١] على مائتين ظاهراً ـ فعن أبى حنيفة روايتان :

فى رواية : المهر ما أظهراه ، وما ذكرا فى الباطن لا يعتبر ، لأن المهر تابع للنكاح ، وإنه يصح مع الهزل ـ فكذا المهر .

وفى رواية : المهر مائة ، ولا يصح مع الهزل ـ وهو قول أبى يوسف ومحمد .

وأما إذا كان الهزل فى الجنس ـ بأن تواضعا على أن يكون المهر[٢] ألف درهم ، ولكن أظهرا مائة دينار ، سمعة ورياء ، وعقدا على مائة دينار : ففى[٣] رواية : لها مهر المثل . وفى رواية : لها مائة دينار .

ولو تزوجا تزويجاً باتاً ، قاطعاً ، فى السر ، على مهر مسمى ، ثم أظهرا غير ذلك فى العلانية : لم يعتبر الظاهر ، لأن النكاح قد انعقد ، فى السر ، حقيقة ، فلا يكون الظاهر[٤] معتبرا .

ولو تواضعا أن يقرا بالنكاح ، وأقرا بذلك ، ولم يكن بينهما نكاح : لم[٥] يلزمهما النكاح ، لأن الإقرار إخبار[٦] ، فلا[٧] يصح مع الهزل ، كما لا يصح مع الإكراه[٨] .

---

(١) هكذا فى ب و حـ . وفى الأصل : « فزوجا » .
(٢) « المهر » ليست فى حـ .
(٣) كذا فى حـ . وفى الأصل وب : « فى » .
(٤) « الظاهر » ساقطة من حـ .
(٥) فى ب : « ولم » . (٦) فى حـ : « اختيار » .
(٧) فى حـ : « ولا » . (٨) زاد فى ب : « والله أعلم » .

باب

الولى

الولاية فى باب النكاح نوعان :

أحدهما ـ فى حق الصغار ، والصغائر [١] ، ومن كان فى معناهم ، من البالغين، وهم المجانين .

والثانى ـ فى حق البالغات العاقلات [٢] .

أما الأول

فلا خلاف أن ولاية النكاح ثابتة للوالدين والمولودين ،فى حقهم [٣] ، ولاية الاستبداد ، حتى يجوز نكاحهم فى حق جميع الأحكام ، ولا يثبت الخيار ، بعد البلوغ ، استحساناً .

ثم إنما يجوز النكاح من الأب والجد إذا زوجا من كفء ، بمهر المثل. فأما إذا زوجا من غير كفء،أو [٤] بمهر قاصر: <ف> يجوز عند أبى حنيفة. وقالا : لا يجوز .

---

(١) هكذا فى جميع النسخ ـ والمقصود جمع « صغيرة » . وهذا الجمع على خلاف المنقول، والمنقول أن صغيرة تجمع على صغار كصغير ، ولا تجمع على صغائر . والمقصود بالصغيرة الصفة ، لا الاسم بمعنى الخطيئة : فهذه تجمع على صغائر (المصباح) .

(٢) فى ب : « البالغين العاقلين » وهو خطأ .

(٣) « فى حقهم » من ب و حـ .

(٤) « أو » ليست فى ب و حـ .

ثم إذا اجتمع الأب والابن في حق الكبيرة المجنونة :

قال أبو حنيفة : الابن أولى ، لأن الابن أقرب العصبات .

وقال محمد : الأب أولى ، لأنه أولى بالتصرف في مالها ، فكذا في نفسها .

وعن أبي يوسف روايتان : في رواية محمد عنه أن الابن أولى ، وفي رواية المُعَلَّى [١] عنه : أيهما زوج : جاز — فإن اجتمعا ، فينبغي للابن أن يفوض التزويج إلى الأب ، تعظيماً له .

ثم بعد الوالدين والمولودين ، تثبت الولاية للعصبات : الأقرب فالأقرب — عندنا .

وقال الشافعي : لا تثبت لغير الأب والجد ، ولكن تثبت للإمام والقاضي .

وإذا جاز النكاح عندنا ، يثبت الخيار للصغير ، والصغيرة ، بعد البلوغ ، عند أبي حنيفة ومحمد . وعند أبي يوسف : لا يثبت الخيار .

وإذا ثبت لهما الخيار : فإن اختار الفرقة ، يكون فسخاً — حتى لا يجب المهر قبل الدخول ، ولا يصح ذلك [٢] إلا بقضاء القاضي ، بخلاف خيار [٣] المعتقة ، حيث يكون فسخاً ، بغير قضاء القاضي .

وأما القاضي والسلطان : إذا زوج الصغير و [٤] الصغيرة ، في حال [٥]

(١) راجع ترجمته في الهامش ٩ ص ٣٠ من الجزء الأول .

(٢) « ذلك » من ب و ح .

(٣) « خيار » من ب و ح .

(٤) في ح : « أو » .

(٥) زاد هنا في ب : « له » .

الولاية ، فلهما [١] الخيار ، على قياس ظاهر الرواية ـ فإنه قال [٢] : إذا زوجهما [٣] غير الأب والجد ، فلهما الخيار .

وروى خالد بن صبيح المروزى [٤] عن أبى حنيفة أنه لا خيار لهما .

وقال < أبو يوسف > [٥] : لا [٦] خيار لهما .

وإن اختارا [٧] النكاح ، بطل الخيار . فأما إذا سكتا : فإن كانت صغيرة بكراً ، فسكوتها ، عقيب بلوغها ، يكون رضا ، ويسقط خيارها ، علمت الخيار أو لم تعلم ، بخلاف خيار المعتقة : إنه لا يسقط بدون العلم . وإن كانت ثيباً ، لا يبطل خيارها ، إلا بالقول أو الفعل الذى يدل على الرضا ، وهو التمكين من الاستمتاع بها ، أو مطالبة المهر ، أو النفقة ، ونحو ذلك .

وأما فى الغلام : < ف > البكر والثيب سواء : لا يبطل خيارهما [٨] .

---

(١) فى حـ : « فلها » .

(٢) « قال » من ب و حـ .

(٣) فى حـ : « زوجها » .

(٤) ذكر القرشى فى الجواهر (حـ ١ ص ٢٢٩) هذه المسألة فى ترجمته ، وأنه قيل عنه إنه صدوق ، ولم يذكر تاريخ وفاته ولا شيئاً ذا بال .

(٥) و (٦) فى حـ : « وقال محمد : الخيار لها » . وفى الأصل و ب : « محمد » وهو خطأ : قال محمد فى الجامع الصغير (ص ٣٢) : « رجل زوج بنت أخيه ابن أخيه ، وهما صغيران : جاز ، ولهما الخيار إذا بلغا ، خلافاً لأبى يوسف . . . ولد زوج ابنته ابن أخيه : فلا خيار لها ، ولابن الأخ الخيار . وقال أبو يوسف : لا خيار لابن الأخ أيضاً » . وقال الكاسانى (٢ : ٣١٥ : ١٩) : « فإن كان غير الأب والجد من الأولياء ، كالأخ والعم ، لا يلزم النكاح ، حتى يثبت لها الخيار بعد البلوغ ـ وهذا قول أبى حنيفة ومحمد ـ وعند أبى يوسف : هذا ليس بشرط ، ويلزم نكاح غير الأب والجد من الأولياء ، حتى لا يثبت لها الخيار » . راجع أيضاً : المرغينانى ، الهداية ، وشروحها : ٢ : ٤٠٧ — ٤٠٨ .

(٧) فى حـ : « اختار » .

(٨) فى ب : « خياره » . وفى حـ : « خيارها » .

بالسكوت، بل يشترط الرضا به[١] صريحاً، أو دلالة الفعل[٢]، كما فى الصغيرة الثيب[٣].

هذا الذى ذكرنا إذا كان الأقرب حاضراً، أو غائباً غيبة غير[٤] منقطعة. فأما إذا كان غائباً غيبة منقطعة: تنتقل الولاية إلى الأبعد، عندنا، خلافاً لزفر.

وعند[٥] الشافعى أنها[٦] تنتقل[٧] إلى السلطان.

واختلفت الروايات فى تفسير الغيبة المنقطعة:

روى عن محمد: ما بين الكوفة والرى[٨].

وعن أبى يوسف: ما بين بغداد والرى[٩].

وقال محمد بن شجاع[١٠]: إن كان غائباً فى موضع لا تصل إليه القوافل والرسل فى السنة إلا مرة واحدة، فهو غيبة منقطعة، وإلا فلا.

وعن الشيخ الإمام أبى بكر محمد[١١] بن الفضل البخارى أنه قال: إن

---

(١) «به» من ب و حـ.
(٢) «الفعل» ليست فى حـ.
(٣) فى ب: «كما فى الصغير والثيب» وهو خطأ.
(٤) «غير» ساقطة من حـ.
(٥) «عند» من ب و حـ (راجع الكاسانى: ٢: ٢٥٠: ٢٥).
(٦) «أنها» ليست فى ب و حـ.
(٧) «تنتقل» ليست فى حـ.
(٨) «الرى» مدينة كبيرة من مدن الجبال فى العراق. والنسبة إليها «رازى» وهى من شواذ النسب (النووى فى التهذيب).
(٩) هكذا فى ب و حـ. وفى الأصل: «البغداذ».
(١٠) الثلجى ـ راجع ترجمته فى الهامش ٦ ـ ٧ ص ١١٨ ـ ١١٩ من الجزء الأول.
(١١) «محمد» ساقطة من حـ. هو إمام بخارى، وقد توفى سنة ٣٨١ هـ (الفوائد: ١٨٤ ـ ١٨٥، والجواهر، ٢: ١٠٧ ـ ١٠٨).

كان في موضع لا ينتظر الخاطب حضوره وبلوغ إذنه، تكون منقطعة، وإلا فلا.

ثم إذا لم يكن واحد من العصبات، ولكن من ذوى الأرحام الذين يرثون . من [١] الرجال والنساء، فإن لهم ولاية التزويج : الأقرب فالأقرب أولى [٢] ، كالأم والعمة والخال والخالة [٣] ، وهو المشهور من الرواية عن أبي حنيفة : رواها أبو يوسف ومحمد .

وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه لا يزوج الصغير و[٤] الصغيرة إلا العصبة ـ وهو قول أبي يوسف ومحمد [٥] .

ثم إذا عدم الأولياء، على القولين، فتنتقل الولاية إلى السلطان ، ونائبه القاضي .

ثم [٦] مولى العتاقة آخر العصبات ، وهو أولى من ذوى الأرحام ، بلا خلاف .

وأما مولى الموالاة : < ف > يزوج عند أبي حنيفة ، عند عدم العصبة وعدم الورثة ، لأنه آخر الورثة .

وعلى قولهما : لا يزوج ، لأنه ليس بعصبة .

• • •

---

(١) في ب : « عن » .

(٢) هكذا في ب و ح . وجاءت كلمة « أولى » في الأصل بعد الأمثلة التالية مما قد يحدث لبساً . وهذه الكلمة ليست في الكاساني ، ٢ : ٢٤٠ : ٣ من أسفل . راجع المرغيناني في الهداية ، ٢ : ٤١٣ .

(٣) « كالام ... والخالة » ليست في ب و ح .

(٤) « الصغير و » من ح .

(٥) راجع في الاختلاف في الرواية : ابن الهمام ، ٢ : ٤١٣ .

(٦) في ح : « فأما »

والنوع الثانى - وهو فى حق الكبيرة العاقلة :

قال أبو حنيفة وزفر: ليس لأحد عليها [١] ولاية، بطريق الحتم ،وإنما تثبت عليها [٢] الولاية ، بطريق الندب والاستحباب ، وهو قول أبى يوسف الأول - حتى إن المرأة العاقلة إذا زوجت نفسها ،من كفء ، بمهر وافر ، فإنه يجوز ، وليس للأولياء حق الفسخ ، وإذا زوجت من غير كفء :فلهم حق الفسخ . وإذا قصرت عن مهر مثلها : كان للأولياء حق الفسخ عند أبى حنيفة . وقال أبو يوسف ومحمد والشافعى: ليس لهم ولاية الفسخ [٣] - وإنما يتصور الخلاف عندهما إذا أذن الولى [٤] لها بالتزويج ، وعند الشافعى إذا أذن الولى رجلا بأن يزوجها ، فزوجها ، بمهر قاصر .

وقال أبو يوسف ومحمد والشافعى بأن لهم ولاية التزويج فى حق الكبيرة، العاقلة - لكن اختلفوا فيما بينهم فيما إذا زوجت نفسها من غير إذن الولى :

قال الشافعى : لا يجوز أصلا ، ولا يتوقف على إجازة الولى .

وقال محمد: يتوقف على إجازة الولى، ولا نفاذ له ، للحال - حتى لو وطئها ، يكون وطئاً ، حراماً ، وليس فيه طلاق، ولا ظهار ، ولو ماتا لم يتوارثا .

وعن أبى يوسف روايتان: فى رواية: إذا مات أحدهما قبل أن يجيزه الولى، والزوج كفء: يتوارثان . وفى رواية الحسن عنه: أنهما لا يتوارثان ، كفئاً كان أو غير كفء .

---

(١) فى ب و حـ : « عليهما » . (٢) فى حـ : « عليهما » .
(٣) « ليس لهم ولاية الفسخ » ليست فى حـ .
(٤) « الولى » من ب . وفى حـ : « المولى » .

وأما بيان أن الولاية ثابتة على الكبيرة ، العاقلة ، بطريق الندب ـ عند أبي حنيفة < فنقول > :

ـ إنها[١] إذا زوجت من غير كفء: < ف > للأولياء حق الاعتراض.

ـ وكذلك المرأة إذا طلبت من الولي التزويج ، من كفء ، فامتنع الولي: < فإنه > يصير عاضلا[٢] ،وتثبت الولاية للسلطان .

ـ وكذلك إذا زوجها الولي ، بغير رضاها ، وبلغها الخبر ،وسكتت ، أو في الابتداء[٣] استأمرها الولي ، فسكتت ـ يكون سكوتها رضا . وفي تزويج الأجنبي : إذا بلغها الخبر ، فسكتت ، لا يكون إجازة ، إلا بالقول صريحاً أو دلالة .

وإذا زوج المرأة ولي ، فقالت : « لم أرض ولم آذن » ، وقال الزوج : « قد أذنت » ، فالقول قول المرأة ، لأن الزوج يدعي عليها[٤] الإذن والرضا[٥] ، وهي تنكر[٦].فيكون القول قولها ، ولا يمين عليها[٧] عند أبي حنيفة.وعلى قولهما القول قولها مع اليمين . والتحالف لا يجرى[٨]

---

(١) في ح : « منها » .

(٢) العَضْل : لغة هو المنع . وشرعاً هو منع الأيم (وهي الأنثى التي لا زوج لها كبيرة أو صغيرة : الكاساني ، ٢ : ٢٤٥ : ٢) من التزويج ، ومنع الزوج امرأته من حسن الصحبة لتفتدي منه ـ وكلاهما محرم بنص القرآن العزيز (النووي ، التهذيب) . وفي ح : « يصير مانعاً » .

(٣) زاد في ب هنا : « أو » .

(٤) « عليها » ليست في ب .

(٥) « والرضا » ليست في ب .

(٦) في ح : « وهو ينكر » .

(٧) « عليها » ليست في ب .

(٨) في ب و ح : « لايجزى » .

فى الأشياء الثمانية (١) ـ وهذا الفصل من جملتها.

(١) هكذا فى الأصل وغيره، وسيأتى فى كتاب الدعوى والبينات من هذا المؤلف أنها سبعة. ونرى من باب البيان أن نورد هنا ما قاله الكاسانى (٢ : ٢٤٣ : ٨ من أسفل وص ٢٤٤) : « وإذا زوج الثيب البالغة ولى، فقالت : « لم أرض ولم آذن » وقال الزوج : « قد أذنت » فالقول قول المرأة، لأن الزوج يدعى عليها حدوث أمر لم يكن، وهو الإذن والرضا، وهى تنكر، فكان القول قولها. وأما البكر إذا زوجت فقال الزوج : « بلغك العقد فسكت »، فقالت « رددت »، فالقول قولها عند أصحابنا الثلاثة. وقال زفر : القول قول الزوج ـ وجه قوله... ثم فى هذين الفصلين : لا يمين عليها فى قول أبى حنيفة، وفى قولهما : عليها اليمين ـ وهو الخلاف المعروف : أن الاستحلاف [المعروف] لا يجرى فى الأشياء الستة عنده، وعندهما : يجرى ـ والمسألة تذكر إن شاء الله تعالى فى كتاب الدعوى ». وفى كتاب الدعوى ذكر الكاسانى (٦ : ٢٢٥ : ٤ من أسفل ـ وما بعدها) : « وأما شرائط الوجوب [وجوب اليمين] فأنواع ـ منها : ... (ص ٢٢٧ : ١) ومنها ـ أن يكون المدعى مما يحتمل البذل عند أبى حنيفة مع كونه محتملا للإقرار ؛ وعندهما أن يكون مما يحتمل الإقرار سواء احتمل البذل أو لا ـ وعلى هذا يخرج اختلافهم فى الأشياء السبعة ؛ أنها لا يجرى فيها الاستحلاف عند أبى حنيفة وهى : النكاح، والرجعة، والفىء فى الإيلاء، والنسب، والرق، والولاء، والاستيلاد. أما النكاح فهو أن يدعى رجل على امرأة أنها امرأته ؛ أو تدعى امرأة على رجل أنه زوجها، ولا بينة للمدعى، وطلب يمين المنكر. وأما الرجعة فهو أن يقول الزوج المطلقة بعد انقضاء عدتها « قد كنت راجعتك » وأنكرت المرأة وعجز الزوج عن إقامة البينة، فطلب يمينها. وأما الفىء فى الإيلاء فهو أن يكون الرجل آلى من امرأته ومضت أربعة أشهر فقال « قد كنت فئت إليك بالجماع فلم تبيني » فقالت : « لم تفىء إلى »، ولا بينة للزوج، فطلب يمينها. وأما النسب فنحو أن يدعى على رجل أنه أبوه أو ابنه فأنكر الرجل، ولا بينة له، وطلب يمينه. وأما الرق فهو أن يدعى على رجل أنه عبده، فأنكر وقال « إنه حر الأصل لم يجر عليه رق أبداً » ولا بينة للمدعى، فطلب يمينه. وأما الولاء فإنه يدعى على امرأة أنه أعتق أباها وأن أباها مات وولاؤه بينهما نصفان، فأنكرت أن يكون أعتقه وأن يكون ولاؤه ثابتاً منه ؛ ولا بينة للمدعى، فطلب يمينها على ما أنكرت من الولاء. وأما الاستيلاد فهو أن تدعى أمة على مولاها فتقول : « أنا أم ولد لمولاى وهذا ولدى » فأنكر المولى ـ لا يجرى الاستحلاف فى هذه المواضع السبعة عند أبى حنيفة وعندهما يجرى. والدعوى من الجانبين تتصور فى الفصول الستة وفى الاستيلاد لا يتصور إلا من جانب واحد وهو جانب الأمة ... الخ » وقال ابن الهمام (٢ : ٤٠٤) : « ... وهى مسألة الاستحلاف فى الأشياء الستة وزيد عليها دعوى الأمة : أنها أسقطت مستبين الخلق فصارت أم ولد، وجمعتها فى هذين البيتين :

نكاح، وفيئة إيلائه، ورق، ورجع، ولاء، نسب
ودعوى الإماء أمومية : فليس بها من يمين وجب »

وقد قال أصحابنا : إذا زوجت البكر ، فقال الزوج : « بلغك الخبر[١] فسكت » ، وقالت : « رددت » . فالقول قولها ، خلافا لزفر ، لأنها منكرة فى الحقيقة ، وإن كانت مدعية الرد[٢] ظاهراً .

ثم اختلفت الأحكام بين البكر ، والثيب ، فلا بد من تفسيرهما - فنقول:

كل من زالت عذرتها بوثبة ، أو طفرة ، أو حيضة ، أو طول التعنيس : فهى فى حكم الأبكار ، فى قولهم .

ومن زالت عذرتها بوطء يتعلق به ثبوت النسب : فهى فى حكم الثيب ، بالإجماع .

وأما إذا زالت بكارتها بالزنا[٣] : <ف> قال أبو حنيفة : تزوج كما تزوج الأبكار ، وقالا والشافعى[٤] : تزوج الثيب - وهى مسألة معروفة .

ثم لا خلاف بين أصحابنا أن الكفاءة معتبرة فى النكاح .

وقال مالك وسفيان الثورى[٥] ، وهو اختيار أبى الحسن الكرخى : لا اعتبار للكفاءة ، لقوله تعالى : « إن أكرمكم عند الله أتقاكم[٦] » .

والصحيح قول العامة ، لقوله عليه السلام : « لا يزوج النساء إلا الأولياء ،

---

(١) فى ب و ح : « العقد » .

(٢) فى ب و ح : « الرد » .

(٣) « بالزنا » ليست فى ح .

(٤) هكذا فى ب . وفى الأصل : « وقالوا » . وفى ح : « وقال أبو يوسف ومحمد » دون ذكر الشافعى . وفى الكاسانى (٢ : ٢٤٤ : ٨) : « وعند أبى يوسف ومحمد والشافعى » .

(٥) « الثورى » من ب و ح . راجع ترجمته فى الهامش ٥ ص ١٤٩ ح ١ .

(٦) الحجرات : ١٣ : « يا أيها الناس إنا خلقناكم من ذكر وأنثى وجعلناكم شعوبا وقبائل لتعارفوا إن أكرمكم عند الله أتقاكم إن الله عليم خبير » .

ولا يزوجن إلا من الأكفاء »[1] .

ثم اختلف أصحابنا فى شرائطها :

قال أبو حنيفة : الكفاءة تعتبر فى خمسة أشياء : الحرية ، والنسب ، والمال ، والدين ، وإسلام الآباء .

قال محمد : الكفاءة فى الدين والتقوى ليس بشرط ، إلا أن يكون فسقاً هو شين فى العرف[2] ، نحو أن يُصفع[3] ، أو يسكر ويمشى فى الأسواق فيسخر منه .

و[4] **أما الحرية** ـ <ف> شرط ـ حتى لا يكون العبد ، والمكاتَب ، والمدبَّر كفئاً للحرة بحال[5] ، لأن الرق نقص وشين فوق النقص فى النسب .

وأما النسب ـ فالعرب بعضهم أكفاء لبعض ، ولا يكونون أكفاء لقريش ، وقريش بعضهم أكفاء لبعض ، الأعلى والأدنى سواء ، حتى لا يفضل الهاشمى على قرشى ليس بهاشمى . قال محمد : إلا أن يكون أمراً مشهوراً فيها ، مثل البيت الذى فيه الخلافة[6] ، ولا يكون العجم والموالى أكفاء للعرب . والموالى بعضهم أكفاء لبعض . ويكون موالى العرب

---

(١) فى حـ : « الكفاءة » .　　(٢) فى حـ : « فى العرب » .

(٣) الصفع لغة أن يبسط الرجل كفه فيضرب بها قفا الإنسان أو بدنه ـ فإذا قبض كفه ثم ضربه فليس بصفع بل يقال : ضربه بجمع كفه (المصباح) .

(٤) الواو من ب .

(٥) هكذا فى ب و حـ . وفى الأصل تشبه أن تكون : « للحال » .

(٦) فى الكاسانى (٢ : ٣١٩ : ١٠) : « واستثنى محمد بيت الخلافة فلم يجعل القرشى الذى ليس بهاشمى كفئا له » . وعبارة « قال محمد : إلا أن يكون ... الخلافة » ليست فى هذا الموضع فى ب و حـ . راجع فيما بعد الهامش ٤ ص ٢٢٩ .

أكفاء لموالى قريش . وأصله الحديث : « قريش بعضها[1] أكفاء لبعض ، والعرب بعضها[2] أكفاء لبعض . والموالى بعضها أكفاء لبعض : حى بحى وقبيلة بقبيلة »[3][4] .

وأما المال ـ فالمعتبر فيه القدرة على المهر والنفقة ، حتى إن من لا يقدر على المهر والنفقة ، ليس[5] بكفء .

وقال بعض المشايخ : إنه يعتبر الكفاءة فى المال ، فيما سوى المهر والنفقة ، لأن الغنى سبب الشرف ، فى العادة ، بمنزلة النسب .

وأما إسلام الآباء ـ فكل من كان له أب واحد فى الإسلام : لا يكون كفئا لمن كان له آباء فى الإسلام . وكل من كان له أبوان فى الإسلام فصاعدا : يكون كفئا لمن كان له آباء كثيرة[6] فى الإسلام .

وفى الحرية : يجب أن يكون هكذا ، لأن الشرف يقع بحرية الآباء .

وأما الكفاءة فى الحرف والصناعة ـ <ف> على قول أبى حنيفة : لا يعتبر .

وعلى قول أبى يوسف : يعتبر ـ حتى لا يكون الحائك كفئا للصيرفى والصائغ .

---

(١) و (٢) فى حـ : « بعضهم » .

(٣) الحديث فى الكاسانى (٢ : ٣١٩ : ١) كما يلى : « قريش بعضهم أكفاء لبعض ، والعرب بعضهم أكفاء لبعض : حى بحى ، وقبيلة بقبيلة . والموالى بعضهم أكفاء لبعض : رجل برجل » .

(٤) فى ب و حـ فى هذا الموضع : « وروى عن محمد أنه قال : فى قريش لا يكون (فى ب : « لا يكونون ») كفؤا لمن كان مشهورا فى الحرمة (فى ب زادهنا : من قريش) مثل البيت الذى فيه الخلافة » راجع فيما سبق الهامش ٦ ص ٢٢٨ .

(٥) فى حـ : « فليس » .

(٦) « كثيرة » ليست فى ب .

وبعض مشايخنا قالوا : هذا اختلاف عصر وزمان : فأبو حنيفة بنى الأمر على عادة العرب: أن مواليهم يعملون هذه الأعمال ،لحاجتهم ، وحاجة مواليهم ، ولا يقصدون بها الحرفة ، ولا يعيرون[1] بها . وأبو يوسف أجاب على عادة أهل[2] العجم : أنهم اتخذوا هذه الصناعات حرفة ، ويعيرون[3] بالدنىء[4] من ذلك ـ فلم يكن بينهم خلاف فى الحقيقة : ففى كل[5] بلد عادتهم التعيير والتفاخر في الحرف ، يعتبر فيه الكفاءة . والله أعلم

---

(١) فى حـ :« ولا يتعيرون » .

(٢) « أهل » ليست فى ب .

(٣) فى حـ :« ويتعيرون » .وفى ب:« يعيرون ».

(٤) فى حـ كذا :« بالدور » ولعلها : « بالدون » .

(٥) « كل » ليست في حـ .

باب

النفقات

الـكلام فى النفقة من وجوه :

فى بيان أنواعها ، ويتضمن ذلك بيان[1] الأسباب .

وفى بيان المقدار .

وفى بيان أن النفقة معتبرة[2] بحال المرأة أو بحال الرجل ، ونحو ذلك .

أما الأول[3] ـ فنقول: النفقة الواجبة أنواع ثلاثة: نفقة الزوجات ، ونفقة المحارم من الرحم ، ونفقة الرقيق .

أما نفقة الزوجات

<ف> تجب بسبب استحقاق الحبس للزوج عليها بسبب النـكاح ـ عندنا.

وعند الشافعى: تجب بسبب الزوجية ، حتى إن عنده تجب النفقة للصغيرة [4] والكبيرة والمريضة وغيرها[5] ، وإنما تسقط بسبب النشوز من جهتها .

وأما عندنا فأقسام :

---

(١) فى حـ : « أنواعها وفى بيان » .

(٢) فى حـ : « أن التقدير معتبر » .

(٣) يلاحظ أنه قد تـكلم على الثانى والثالث أثناء الـكلام على الأول . فالتقسيم الأساسى عنده هو : نوع النفقة .

(٤) فى حـ : « للمعتدة الصغيرة » .

(٥) فى ب : « وغيرهما ».

إن كانت امرأة حرة، بالغة ، لم تمتنع عن المقام مع الزوج ، وعن الدخول في بيته ، بعد استيفاء المهر كله [١] ، إذا لم يكن مؤجلا [٢] ، أو كان المهر مؤجلا [٣]و[٤]ـ فإنه يجب عليه نفقتها ، إذا طالبته بها ، سواء انتقلت إلى بيت الزوج أم لا ، لأن النفقة حق المرأة ، عليه ، والانتقال إلى بيت الزوج حقه ، عليها [٥]، بعد إيفاء المهر ، فإن لم يطالبها الزوج بالانتقال ، فقد ترك حقه ، فلا يسقط حقها .

وأما إذا امتنعت عن الانتقال إلى بيته : فإن كان بحق ، لا تسقط النفقة ، بأن امتنعت لتستوفي المهر [٦] .

فأما إذا كان الامتناع بغير حق ، بأن أوفاها الزوج المهر ، أو كان مؤجلا : فإنه تسقط النفقة ، لأنه وجد النشوز [٧] منها ، وإنه يسقط النفقة .

فأما إذا كانت المرأة صغيرة : <ف> إن كانت تجامع [٨] مثلها ، فكذلك الجواب . وأما إذا لم تجامع مثلها ، فسلمت إلى بيت الزوج :

---

(١) « كله » من ب وفي حـ : « بكماله » .
(٢) « إذا لم يكن مؤجلا » ليست في ب و حـ .
(٣) « أو كان المهر مؤجلا » من ب و حـ .
(٤) زاد في ب هنا: « لعدم مطالبة الزوج إياها بالانتقال إلى بيته » وهو مفهوم .
(٥) « عليها » من ب .
(٦) محمد، الجامع الكبير، ص ١٩٣ : « امرأة لم يدخل بها الزوج، منعت نفسها حتى تقبض الصداق ـ فلها النفقة » .
(٧) نَشَزَت المرأة من زوجها نشوزا : عصت زوجها وامتنعت عليه، ونشز الرجل من امرأته نشوزا : تركها وجفاها (المصباح).
(٨) في ب : « كان يجامع » .

فإنه لا نفقة لها ، لأنه لا يمكن الاستمتاع بها[١] . وكذلك المريضة التي لا يمكن وطئها . وله أن يردها إلى بيت أهلها[٢] إن شاء .

وإن كانت الصغيرة مما ينتفع بها ، بالخدمة أو يستأنس بها ، وكذلك المريضة إذا كانت ممن يستأنس بها الزوج - فأمسكها في بيته : فلها النفقة ، لأنه رضي بالحبس القاصر .

وأما إذا كانت محبوسة بالدين قبل النقلة[٣] : فإن كانت تقدر على أن تخلى بينه وبين نفسها : فلها النفقة ، وإلا فلا - لأن هذا حبس[٤] بحق[٥] . وهذا إذا كانت لا تقدر على أداء الدين - فأما إذا كانت تقدر ، ولا تؤدى : تسقط لتقصير منها .

فأما إذا طلبت النفقة ، وليست بمريضة ، ولا محبوسة ، وهي بالغة ، ففرض لها النفقة ، **ثم مرضت أو حبست** : لم تبطل نفقتها ، لأن النفقة قد وجبت بتسليم النفس ، من غير مانع عن الوطء . فاعتراض المانع لا يسقط النفقة ، كالحيض .

وذكر محمد في الأصل وقال في **الرتقاء**[٦] **والمريضة** ، إذا طلبتا

---

(١) قال محمد في الجامع الكبير (ص ١٩٣) : «صبية تحت رجل ، ليس عليه النفقة حتى تطيق الجماع » .

(٢) في ب و حـ : « بيت الأب » .

(٣) « النقلة » من ب و حـ والكاساني (٤ : ٢٠ : ٧) وستأتي بعد قليل . وفي الأصل ما يشبه « البعل » .

(٤) « حبس » ليست في حـ

(٥) أصل هذا ما قال محمد في الجامع الكبير (ص ١٩٣) : « ... لم يكن لها نفقة .. وكذلك امرأة حبست في دين عليها » . والكاساني ، ٤ : ٢٠ : ٤ .

(٦) راجع في الرتقاء الهامش ، ص ٢٠٧

النفقة قبل النقلة : فرض لهما القاضى ، ولم يحك خلافاً [١] .

وما ذكرنا فى المريضة من التفصيل ، قبل الانتقال أو بعده ، قول أبى يوسف .

وأما الزوجة إذا كانت أمة ـ فإن بوأها [٢] المولى بيت الزوج [٣] : تجب النفقة ، وإلا فلا ـ والتبوئة أن يخلى بينها وبين زوجها فى منزل الزوج ، ولا يستخدمها .

فإن فعل ذلك: تجب على الزوج النفقة ، لأن الحبس المستحق بالنكاح ، قد وجد .

فإذا لم توجد التبوئة ، لم [٤] يوجد الحبس المستحق بالنكاح [٥] .

فإن بوأها المولى ، ثم بدا له أن يستخدمها ، فله ذلك ، لأن منافع سائر الأعضاء بقيت على ملكه ، وإن استحق عليه منافع بضعها [٦] بالنكاح ، إلا أنه أعارها منه بالتبوئة ، فله أن يستردها [٧] ، وتسقط النفقة ، فإن بوأها ثانياً ، عادت النفقة ، كالحرة إذا نشزت ، ثم عادت .

. . .

وكل من وجبت لها النفقة ، وجبت لها السكنى ، وإلا فلا ، لقوله

---

(١) قال محمد فى الجامع الكبير (ص ١٩٣) : « امرأة دخل بها زوجها ، فرضت مرضا يمنع من الجماع : فلها النفقة ـ وكذلك الرتقاء » .

(٢) أى أسكنها (المصباح) .

(٣) « بيت الزوج » من ب . وفى الأصل و حـ : « بيتا » .

(٤) فى الأصل و ب و حـ : « فلم » .

(٥) « بالنكاح » من حـ .

(٦) فى حـ : « بعضها » .

(٧) « ها » من حـ .

تعالى : « أسكنوهن (الآية) »[١] .

وأما مقدار النفقة :

فيعتبر فيه حال الرجال من اليسار والإعسار[٢] ، دون حال المرأة .
وذكر الخصاف أنه[٣] يعتبر بحالهما[٤] جميعاً[٥] .

والصحيح ما ذكرنا ، لقوله تعالى : « لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله »[٦] .

ثم الزوج إن كان موسراً : لا تفرض عليه نفقة أكثر من خادم واحد عند أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف: إن كان لها خادمان يفرض لها.

وأما إذا كان الزوج معسراً : < فقد > روى الحسن عن أبي حنيفة أنه لا يفرض عليه نفقة الخادم ، وإن كان لها خادم .
وقال محمد : إن كان لها خادم: فرض عليه نفقته . وإن لم يكن لها خادم : لا يفرض[٧] .

---

(١) الطلاق : ٦ : « أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم ، ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن، وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن، فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن ، وأتمروا بينكم بمعروف ، وإن تعاسرتم فسترضع له أخرى » .

(٢) هكذا في ب و حـ . وفي الأصل : « واليسار » . وفي المغرب : « الإعسار مصدر أعسر إذا افتقر. واليسار في معناه خطأ » .

(٣) هكذا في ب و حـ . وفي الأصل : « أنها » .

(٤) في حـ : « حالها » .

(٥) « جميعا » من ب و حـ .

(٦) الطلاق : ٧ : « لينفق ذو سعة من سعته، ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله ، لا يكلف الله نفسا إلا ما آتاها ، سيجعل الله بعد عسر يسرا » .

(٧) « وإن لم ... لا يفرض » من ب و حـ .

وإن اختلف الزوجان في اليسار والإعسار[١]: فالقول قول الزوج، لأنه يدعي الفقر، وهو أصل. وإن أقاما البينة، فالبينة بينة المرأة: على أنه موسر. لأنها تثبت أمراً زائداً عارضاً، فكانت أولى.

• • •

ثم النفقة غير مقدرة بالدراهم والدنانير، عندنا، لأن السعر قد يغلو وقد يرخص، ولكنها مقدرة بكفايتها: إن كان الرجل موسراً يوسع في النفقة والكسوة. وإن كان معسراً ينفق عليها أدنى الكفاية، من الطعام والإدام والدهن، على حسب العرف والعادة - في الموسر والمعسر.

فإذا طلبت الفرض من القاضي، فإنه يقوم عليه[٢] مقدار الكفاية، بالدراهم أو[٣] الدنانير، ويفرض عليه ذلك.

• • •

ثم نفقة الزوجات لا تصير ديناً إلا بقضاء القاضي، أو بتراضي الزوجين. فإذا لم يوجد أحد هذين[٤]، فإنه تسقط بمضي الزمان، لأنها وجبت صلة، جزاء الحبس، لا عوضاً عن الوطء — وهذا عندنا.

وعند الشافعي: لا تسقط، كسائر الديون، لأنها وجبت عوضاً، كالمهر سواء، إلا أنها تسقط بعد الفرض، بالموت، وإن لم تسقط بمضي الزمان، لأنها صلة لم تتأكد بالقبض، فتسقط بالموت، كسائر الصلات.

• • •

---

(١) هكذا في ب و ح. وفي الأصل: «اليسار». راجع الهامش ٢ ص ٢٣٥

(٢) في ب و ح: «عليها».

(٣) كذا في ب. وفي الأصل و ح: «و».

(٤) زاد في ت هنا: «الوجهين».

وإنما يفرض القاضى النفقة إذا كان الزوج حاضرا، والمرأة تطلب الفرض.

فأما إذا كان غائباً ، وطلبت فرض النفقة من القاضى ، وسماع البينة منها على الزوجية، وعلى [١] قيام المال فى يد إنسان أمانة ، من الوديعة أو المضاربة أو نحو ذلك [٢]، أو ثبوت الدين له على إنسان ، ولا علم للقاضى بالزوجية، ولا بالمال ، فإن القاضى لا يجيبها [٣] إلى ذلك ، ولا [٤] يحكم عليه — وهذا قول أبى حنيفة الآخر ، وهو قول شريح [٥] ، وقد كان قوله الأول أن القاضى يقضى لها ، وهو قول ابراهيم . والصحيح قول شريح ، لأن هذا قضاء على الغائب من غير أن يكون له [٦] خصم حاضر ، وإنه لا يجوز، عندنا .

فأما إذا كان القاضى عالما بالزوجية، وبكون ماله فى يد إنسان أمانة ، أو بثبوت دينه على إنسان ، لمعاينة [٧] وجود السبب ، أو الإقرار فى

(١) « على » من ب .
(٢) فى ب و ح : « بأمانة أو وديعة أو مضاربة ونحو ذلك » .
(٣) هكذا فى ب و ح . وفى الأصل : « لا يجيب لها » .
(٤) هكذا فى ب . وفى الأصل و ح : « ولم »
(٥) « قول شريح » ليست فى ح . وشريح هو شريح القاضى : أدرك النبى صلى الله عليه وسلم ولم يلقه ، وقيل لقيه ، والمشهور الأول ؛ وقيل : كان فى زمن النبى صلى الله عليه وسلم ولم يسمع منه . وقال الأكثرون : استقضاه عمر بن الخطاب رضى الله عنه على الكوفة ، وأقره من جاء بعده فبقى على قضائها ستين سنة ، وقضى بالبصرة سنة، وروى ميسرة عن شريح قال : وليت القضاء لعمر وعثمان وعلى ومعاوية ويزيد بن معاوية ولعبد الملك إلى أيام الحجاج ، فاستعفيت الحجاج وكان له يوم استعفائه مائة وعشرون سنة . وعاش بعد استعفائه سنة . وقال على بن أبى طالب لشريح: « أنت أقضى العرب » . وقيل : توفى سنة ٧٧ ، وقيل سنة ٧٨ ، وقيل سنة ٧٩ ، وقيل سنة ٨٠ هـ . (النووى . التهذيب) .
(٦) فى ح و ب : « عنه » .
(٧) فى ب : « بمعاينته » . وفى ح : « بمعاينة » .

النكاح ، أو[١] أقر صاحب اليد[٢] بكون المال للزوج، أو أقر من عليه الدين ، و[٣] أقر بالزوجية ، فإن القاضي يأمر من عليه الدين ، والمودع ، بدفع النفقة إليها ؛ ويفرض النفقة لها ، لأنه لا يحتاج إلى القضاء ، لأن هذا واجب شرعا ، على ما قال عليه السلام لهند امرأة أبي سفيان : « خذي من مال أبي سفيان ما يكفيك ، وولدك[٤] ، بالمعروف». فكان هذا من باب النظر للغائب ، بإحياء زوجته، وللقاضي ولاية النظر في مال الغائب ،ولهذا يبيع القاضي ما يتسارع إليه الفساد من مال الغائب ، نظرا له ، لأن هذا من باب الحكم.

وإذا طلبت المرأة من القاضي أن يأذن لها بالاستدانة على الزوج: ففي[٥] الفصل الأول: لا يأذن بالاستدانة[٦] عليه، لأنه لم يفرض النفقة، لكونه قضاء على الغائب - فكذا هذا[٧].

فأما إذا علم القاضي بالزوجية، أو كان قد فرض النفقة في حال حضور الزوج، ثم طلبت المرأة، بعد الغيبة، الاستدانة عليه - فإنه يأذن لها بالاستدانة عليه[٨].

وفائدة الإذن بالاستدانة ليس هو رجوعها على الزوج[٩] بالنفقة[١٠]،

(١) في حـ : « و ».
(٢) في ب : « صاحب الدين ».
(٣) في حـ : « أو ».
(٤) في ب و حـ : « ويكفي ولدك ».
(٥) الفاء من ب .
(٦) في ب و حـ : « في الاستدانة ».
(٧) « فكذا هذا » من حـ .
(٨) « عليه » ليست في حـ .
(٩) في حـ كذا : « وفائدة الإذن بالاستدانة هذا يقضي بالاستدانة على الزوج للنفقة » .
(١٠) « بالنفقة » من ب . وفي حـ: « للنفقة » - راجع الهامش السابق .

لأن النفقة إذا كانت مفروضة كان لها أن ترجع بغير الإذن بالاستدانة عليه — ولكن فائدته أن بعد الإذن بالاستدانة ، لصاحب الدين أن يأخذ من الزوج ، كما له أن يأخذ [١] من المستدينة . لأنه لا يجب على الإنسان أداء مال إلا بالتزامه أو بإلزام [٢] من له ولاية الإلزام [٣] عليه. فأما إذا استدانت عليه [٤] ، من غير إذن [٥] القاضي : < ف . > إن كان قبل فرض القاضي ، تكون متطوعة في الإنفاق [٦] ، وتسقط بمضي الوقت ، إذا لم يفرض القاضي ، ولم يتراضيا عليه ، وإن كان بعد فرض القاضي ، فإن له أن يرجع عليها ، لا على الزوج ، لما ذكرنا : أنه لم يلتزم ، ولم يلزم عليه [٧] القاضي بالإذن بالاستدانة .

. . .

وإذا طلبت المرأة من القاضي ، فرض النفقة على زوجها المعسر : فإن القاضي يقضي [٨] ، لأن نفقة الزوجة [٩] تجب على الفقير ، ويؤخر إلى وقت اليسار [١٠] ، لأنه لو لم يفرض تسقط بمضي الوقت .

---

(١) في حـ : « كما يأخذ » .
(٢) في ب : « أو بالتزام » . وفي حـ : « المال إلا بإذنه وبإذن » .
(٣) في ب : « الالتزام » .
(٤) في حـ : « وأما الاستدانة عليه » .
(٥) « إذن » ليست في حـ .
(٦) في حـ : « بالاتفاق » .
(٧) في حـ : « أنه لم يلزمه عليه » .
(٨) في ب و حـ : « يفرض » .
(٩) في حـ : « الزوج » .
(١٠) في ب : « الإيسار » .

ولو طلبت من القاضى أن يستدين عليه ـ فإنه يفرض [١] النفقة ، ويأذن لها [٢] بالاستدانة . للفائدة التى ذكرنا .

. . .

ولو طلبت الفرقة ، لعجز الزوج عن الإنفاق عليها [٣] : فإن القاضى لايفرق بينهما ، وليس [٤] لها حق الفسخ ـ وهذا عندنا .

وعند الشافعى يكون لها حق الفسخ إن شاءت ـ وهذه [٥] مسألة معروفة .

. . .

ولو قبضت المرأة نفقة لسنة : بفرض القاضى ، أو بالتراضى ، ثم مات الزوج قبل مضى السنة ، لم يكن لورثته الرجوع عليها بشىء عند أبى حنيفة وأبى يوسف . وكذلك إذا ماتت المرأة ـ لم يرجع الزوج فى تركتها بشىء [٦] .

وقال محمد: أرفع [٧] لها من النفقة حصة ما مضى، وأقضى عليها برد الباقى. وكذلك الكسوة : يسقط عنها حصة [٨] ما مضى من المدة ويرد الباقى .

والصحيح قولهما . لأن النفقة صلة ، وقد تأكدت بالقبض ، فلا يثبت فيها [٩] الرجوع بعد الموت ، كما فى الهبة .

---

(١) « تسقط بمضى الوقت ولو طلبت من القاضى ... يفرض » ليست فى حـ .
(٢) « لها » ليست فى حـ .
(٣) « عليها » ليست فى حـ .
(٤) فى حـ : « فليس » .
(٥) فى ب و حـ : « وهى » .
(٦) « بشىء » من ب .
(٧) فى ب و حـ : « أدفع » .
(٨) « حصة » من ب و حـ .
(٩) فى ب : « وقد تأكد بالقبض فلا يثبت فيه ».

و[1] أما نفقة ذوى الأرحام ـ فنقول :

الأرحام ثلاثة أقسام : رحم الولادة ، ورحم محرم النكاح . ورحم غير محرم .

ولا خلاف أنه لا تجب النفقة لرحم[2] غير محرم، كقرابة بنى الأعمام ونحوهم.

ولا خلاف أنها تجب بقرابة [3] الولاد< ة > .

واختلفوا فى رحم محرم، كالأخوة والعمومة والخؤولة : فعندنا تجب. وعند الشافعى [4]: لا تجب .

وحاصل الخلاف أن هذه القرابة هل هى واجبة الوصل[5] أم لا ؟ فعندنا كذلك ، وعنده بخلافه .

وينبنى على هذا[6] : هذه المسألة . وكذلك إذا ملك أخاه أو عمه أو خاله : لا يعتق عليه ، عنده ـ وعندنا : يعتق[7] .

وكذلك الخلاف فى قطع السرقة الموجودة من هؤلاء .

وهى مسألة معروفة ، تذكر فى العتاق ، إن شاء الله تعالى .

ثم الكلام فى تفصيل هذه الجملة ، فنقول :

الرجل الموسر إذا كان له أبوان وأولاد صغار ، وأولاد كبار غير

---

(١) « و » من ب و حـ .

(٢) فى حـ : « برحم » .

(٣) فى ب : « لقرابة » .

(٤) هكذا فى ب و حـ . وفى الأصل :« وعنده » .

(٥) فى ب و حـ : « الصلة » .

(٦) « هذا » ليست فى ب و حـ .

(٧) زاد فى حـ هنا : « عليه » .

الأصحاء ، كالزَّمْنَى والعميان والمجانين ،والإناث[١] ـ وهم فقراء : فإنه يجب عليه نفقتهم ، صلة للرحم .

فأما الأولاد الكبار ، الأصحاء : فلا يجب عليه نفقتهم .

وجعل القدرة على الكسب بمنزلة الغنى فى حق هؤلاء ، إلا[٢] فى حق الأبوين ، فإن إلزام[٣] الوالد[٤] التكسب ، مع غنى الولد ، سبب للتأذى، من الولد ، والله تعالى حرم التأفيف ، لما فيه من نوع أذى ، وهذا فوق ذلك .

وأما الأولاد الصغار : < ق > إذا كان لهم مال فنفقتهم من[٥] مالهم ، لا على الأب .

وإن[٦] كان المال حاضراً فى يد الأب: ينفق منه ، إن شاء ، ولكن ينبغى أن يشهد على ذلك رجلين ، عدلين ، حتى يصدقه القاضى إذا أنكر الولد[٧]، بعد الكبر، إنفاقه عليهم، لأنه خلاف الظاهر والغالب[٨]، لأن الموسر ينفق على ولده من مال نفسه ، وإن كان لهم مال .

---

(١) فى ب و حـ : « أبوان ، وأولاد صغار ، وكبار زَمْنَى أو <عمى> أو مجانين أو إناث » . وفى ب : « عما » . وفى حـ : « أعمى » .

(٢) « إلا » ليست فى حـ .

(٣) فى حـ : « ولن التزام » .

(٤) هكذا فى ب و حـ . وفى الأصل : « الولد » .

(٥) فى ب و حـ : « فى » .

(٦) فى ب و حـ : « فإن » .

(٧) « الولد » ليست فى حـ .

(٨) فى ب و حـ : « الظاهر إذ فى الغالب أن الأب الموسر ينفق على ولده » .

وكذلك إن كان المال غائباً : ينفق من مال نفسه ، ويشهد على ذلك ، ليمكنه الرجوع[١].

فأما فيما بينهم[٢] وبين الله فلا حاجة إلى الإشهاد ، ولكن لا بد أن ينوى عند الإنفاق أنه يكون قرضاً عليه ، إذ[٣] له ولاية الإقراض للصبي[٤] ، فيشترط البينة ، فيحل له الرجوع[٥].

. . .

وإن كان الرجل فقيرا ، صحيحاً ، مكتسباً : فإنه يجب عليه نفقة الوالدين، والأولاد الصغار ، والإناث ، والكبار الزمنى . ويشاركونه فى نفقته التى اكتسبها لنفسه ، وإن لم يكن فى ذلك كفاية لهم ، لأنه لا يشارك الرجل أحد فى نفقة والديه ، وكذلك فى نفقة الولد المحتاج ، لقيام البعضية بينهم.

أما إذا كان الأب فقيرا[٦]، زَمِناً : فإنه تجب نفقة هؤلاء[٧] على من كان موسرا من ذوى الرحم المحرم ـ فإنه روى عن أبى يوسف أنه قال : إذا كان للفقير الصحيح[٨] أولاد صغار ، ولهم[٩] جد موسر :

(١) « وكذلك ... الرجوع » من ب .
(٢) فى حـ : « بينه » .
(٣) « إذ » من ب و حـ . وفى الأصل : « و » .
(٤) فى حـ : « على الصبى » .
(٥) « فيشترط ... الرجوع » من ب .
(٦) فى ب : « الفقير » .
(٧) « نفقة هؤلاء » من ب .
(٨) « الصحيح » من ب .
(٩) كذا فى ب و حـ . وفى الأصل : « وله » .

لم[١] أفرض النفقة على الجد . وإن كان الأب زمناً : أفرض النفقة على الجد ، لأن الأب الفقير الزمن لا يكون من أهل وجوب النفقة عليه ، فجعل كأن لم يكن .

. . .

وقالوا فى حق هؤلاء : إذا كان الرجل الموسر غائباً ، وماله حاضر[٢] فى يد إنسان أمانة ، فأقر بالقرابة والمال ، أو كان القاضى له علم بذلك — فإنه يفرض القاضى نفقة هؤلاء فى[٣] مال الغائب . إذا كان ماله دراهم أو دنانير[٤] ، أو طعاماً — فأما إذا كان عروضاً : فإن القاضى لا يبيع عروضه للنفقة على هؤلاء ، كما لا يبيع العقار ، ولكن الأبوان يبيعان عروضه ويصرفان[٥] إلى نفقتهما بقدر المعروف ، ولا يتعرض لهما[٦] القاضى ، ويجوز ذلك البيع — وهذا قول أبى حنيفة ، وهو استحسان . والقياس أن لا يجوز بيع الأبوين عروض ولدهما ، كما لا يجوز بيع العقار .

. . .

وما عرفت من الجواب فى حق الوالدين ، فهو الجواب فى حق الجد والجدة ، عند عدم الوالدين — فأما فى حال قيامهما فحكمهما كحكم[٧] سائر ذوى الأرحام .

. . .

---

(١) «لم» ليست فى ب والصحيح ما فى المتن : راجع الكاسانى ٤ : ٣٥ السطر الأسفل ص ٣٦ .

(٢) فى ب : «حاضرا» .

(٣) فى ب و حـ : «من» .

(٤) فى حـ : «إذا كان لهم دراهم ودنانير» .

(٥) فى حـ كذا : «ويصيرفانه» . وفى ب : «ويصيرها» .

(٦) فى حـ : «فيها» .

(٧) فى ب و حـ : «حكم» .

ثم من[١] سوى هؤلاء الذين ذكرناهم من ذوى الأرحام المحرم[٢]، فإنه تجب النفقة على الموسرين . المعسرين ، على قدر المواريث . ولا يجب على الفقراء قليل ولا كثير ، ولا يشاركونهم فى نفقاتهم ، لأنها وجبت بطريق الصلة ، والصلات تجب على الأغنياء ، دون الفقراء ، للتعارض[٣] .

ثم الكلام فى كيفية وجوب نفقة المحارم ـ فنقول :

الأصل أنه[٤] إذا[٥] اجتمع الأقرب والأبعد فى الوالدين والمولودين وفى غيرهما من ذوى[٦] الرحم المحرم : فإنه تجب[٧] النفقة على الأقرب دون الأبعد .

وإذا استويا فى القرب: فإنه يجب على من له نوع رجحان فى الوالدين والمولودين[٨] .

وفى غير الوالدين والمولودين من ذوى الرحم: إذا وجد الاستواء

---

(١) هكذا فى ب . وفى الأصل : « ما » . وفى حـ : « الأرحام من ما » .

(٢) « المحرم » من ب و حـ .

(٣) فى حـ : « للتعارف » .

(٤) « ثم الكلام ... الأصل أنه » من ب .

(٥) فى الأصل و حـ : « وإذا » . راجع الهامش السابق .

(٦) « ذوى » ليست فى حـ .

(٧) فى ب : « لا تجب » .

(٨) « فى الوالدين والمولودين » من ب .

فى القرابة: رجح بكونه وارثاً ـ حتى إن[١] كل من ورث: يجب عليه دون[٢] من حجب.

فإذا استويا فى الميراث: يجب عليهما، بقدر الميراث، لوجود الاستواء فى سبب الاستحقاق، وسبب الترجيح ـ فتكون النفقة بينهم على قدر المواريث.

إذا ثبت هذا الأصل يخرج عليه المسائل، فنقول[٣]:

إن الفقير إذا كان له والد وابن ابن موسر[٤]: تجب النفقة على الوالد، لأنه أقرب.

ـ وإن كان له والد وابن موسر[٥]: تجب على الابن، لأنهما استويا فى القرب، ويرجح الابن، لأنه كسبه، فيكون له حق فى كسبه.

ـ ولو كان له جد وابن ابن موسر[٦]: تجب عليهما[٧] النفقة، على قدر الميراث: على الجد السدس، والباقى على ابن الابن.

---

(١) « من ذوى الرحم إذا وجد الاستواء ... حتى إن» من ب. وفى الكاسانى (٤: ٣٢: ٤): « فإن استويا فى القرب فى قرابة الولاد يطلب الترجيح من وجه آخر، وتكون النفقة على من وجد فى حقه نوع رجحان فلا تنقسم النفقة عليهما على قدر الميراث، وإن كان كل واحد منهما وارثا. وإن لم يوجد الترجيح، فالنفقة عليهما على قدر ميراثهما. وأما فى غيرها من الرحم المحرم، فإن كان الوارث أحدهما والآخر محجوبا، فالنفقة على الوارث، ويرجح بكونه وارثا، وإن كان كل واحد منهما وارثا، فالنفقة عليهما على قدر الميراث ».

(٢) « دون » ليست فى حـ.

(٣) « لوجود الاستواء فى سبب ... فنقول » من ب. وفى الأصل و حـ مكان هذه العبارة كلها: « ولهذا قالوا » وقد حذفناها من المتن.

(٤) فى ب: « موسرين ».

(٥) فى حـ: « موسرين ».

(٦) « موسر » ليست فى ب و حـ.

(٧) « عليهما » من ب و حـ.

ـ وكذلك إذا كان له أم وعم ،أوأم وأخ لأب وأم[١]، أو لأب : فعلى الأم الثلث ، وعلى العم أو الأخ[٢] الثلثان على قدر الميراث .

ـ ولو كان له عم وخال: فالنفقة على العم، لأنهما تساويا في القرابة[٣]، والعم هو الوارث . فيجب عليه .

ـ ولو كان له[٤] خال وابن عم : فالنفقة على الخال، دون ابن العم ، لأنهما لم يستويا في الرحم المحرم . بل الخال هو ذو الرحم المحرم ، فيجب عليه . واستحقاق الميراث[٥] للترجيح ، وذلك عند الاستواء في سبب الاستحقاق[٦] .

ـ ولو كان له[٧] عمة وخالة وابن عم: فعلى الخالة الثلث ، وعلى العمة الثلثان ، ولا شيء على ابن العم ، لأنه لم يوجد في حق ابن العم سبب الاستحقاق . والعمة والخالة استويا في سبب الاستحقاق ، وفي استحقاق الميراث ، فيكون بينهما على قدر الميراث .

ـ ولو كان له[٨] عم وعمة وخالة ، فالنفقة على العم لا غير ، لأنه ساواهما في الرحم والتحريم ، وهو الوارث، دونهما ،فتكون النفقة عليه .

---

(١) في ب ذكر مرتين عبارة : « وأخ لأب وأم » .

(٢) في ب : « وعلى الأخ والعم » .

(٣) في ب : « ... في القرابة المحرمة للنكاح ، بسبب كونه وارثا » .

(٤) « له » من ب .

(٥) في حـ : « النفقة » .

(٦) أي في سبب استحقاق النفقة عليه .

(٧) « له » من ب و حـ .

(٨) « له » من ب .

وعلى هذا الأصل مسائل [١] .

. . .

ثم النفقة لا تجب مع اختلاف الدين إلا للوالدين ، والمولودين ، والزوجة، والجد [٢] والجدة، فى حال عدم الأبوين . ومن سوى هؤلاء تجب نفقته عند اتفاق الدين لا غير - لأن نفقة الولاد تجب باعتبار البعضية [٣] وصيانة نفسه عن الهلاك واجب - فكذلك صيانة [٤] بعضه - فأما نفقة ذى الرحم المحرم : < ف > تجب باعتبار الصلة ، وإنما تجب عند اتفاق الدين .

فشرط وجوب [٥] نفقة المحارم: اليسار ، واتفاق الدين - بخلاف نفقة الزوجات،والوالدين،والمولودين .

. . .

ثم ما حد اليسار الذى يتعلق [٦] به وجوب النفقة ؟

ذكر ابن سماعة عن أبى يوسف أنه اعتبر نصاب الزكاة .

وروى هشام عن محمد أنه إذا كان له فضل عن [٧] نفقة شهر، له [٨]

---

(١) انظر الكاسانى ، ٤ : ٣٢ - ٣٤ .

(٢) « والجد » ليست فى ب .

(٣) فى حـ : « البعضية والجزئية » .

(٤) « صيانة » من ب .

(٥) « وجوب » من ب و حـ .

(٦) هكذا فى ب . وفى حـ : « الذى تعلق » . وفى الأصل : « التى تعلق » .

(٧) فى ب و حـ : « على » .

(٨) « له » من ب و حـ .

ولعياله : فإنه يجب عليه نفقة ذى الرحم المحرم ، وإلا فلا .

وروى عن محمد أنه من لا شيء له [١] من المال ، وهو يكتسب كل يوم درهما ، ويكفى له أربعة دوانيق [٢] ، فإنه يرفع [٣] لنفسه وعياله ما يتسع فيه وينفق فضله على من يجبر على نفقته [٤] .

وقول محمد أوفق [٥] .

وأما نفقة الرقيق

فسبب وجوبها الملك [٦] .

ولهذا : لا يجب على العبد نفقة ولده الحر ، لأن كسبه مال مولاه .
وكذا لا يجب على الحر نفقة ولده الرقيق ، لأنه ملك غيره ، فتكون نفقته عليه .

وقالوا فى الجارية المشتركة إذا جاءت بولد ، وادعاه الموليان : فنفقة هذا الولد عليهما . وعلى الولد إذا كبر نفقة كل واحد منهما ، لأنه أب كامل فى حقه .

. . .

وقالوا فى المفقود : إن القاضى يفرض فى ماله لأبويه ، ولامرأته ،

---

(١) فى ب و ــ : « أن من لا شيء فى يده » .
(٢) فى ب : « دوانق » .
(٣) فى ب و ــ : « يدفع » .
(٤) فى ب : « على من تجب عليه نفقته حالة اليسار » .
(٥) فى ب و ــ : « أرفق » .
(٦) « وأما نفقة ... الملك » من ب .

والصغار من ولده ، والبنات[١] ، والذكور الزَّمْنَى[٢] - فينصب عنه[٣] خصماً ، ويقضى عليه بنفقة هؤلاء .

وقالوا : يقضى فى مال المفقود للجد ، وولد الولد ، فى حال عدم الأب والولد . فأما[٤] فى حال قيامهما : <ف> لا يقضى[٥] ، لأنهم حينئذ فى حكم ذوى الأرحام ، ولا يقضى بنفقة[٦] ذوى الأرحام فى مال المفقود - والله تعالى أعلم .

---

(١) فى ب و ﺣ : « والإناث » .

(٢) فى ب و ﺣ : « والزمنى » .

(٣) فى ب : « عليه » .

(٤) « فأما » ليست فى ﺣ .

(٥) « لايقضى » من ب و ﺣ .

(٦) فى ب : « نفقة » .

كتاب[1]

الطـــــلاق

يحتاج[2] إلى: بيان أنواع الطلاق، وإلى بيان أحكامها - فنقول:

الطلاق في الأصل نوعان: طلاق سنة، وطلاق بدعة.

والسنة نوعان: نوع يرجع إلى العدد، ونوع يرجع إلى الوقت.

وكذلك طلاق البدعة نوعان أيضا: يرجع إلى العدد، والوقت.

ثم السنة في العدد والوقت نوعان عندنا: حسن، وأحسن:

فالأحسن أن يطلق الرجل امرأته، واحدة، رجعية، في طهر[3]، لم يجامعها فيه، ثم يتركها حتى تنقضي عدتها، أو كانت حاملا قد استبان حملها.

وأما الحسن، فأن يطلقها، واحدة، في طهر، لم يواقعها[4] فيه، ثم يطلق في الطهر الآخر، واحدة[5]، ثم في الطهر الثالث، واحدة - فتبين[6].

---

(١) «كتاب» من ب و حـ، والكاساني (٣: ٨٨). وكانت كذلك في الأصل، ولكن - كما يبدو - بدلت إلى «باب».

(٢) في الأصل و ب: «قال: يحتاج».

(٣) في ب: «في طهر واحد».

(٤) في ب: «لم يجامعها».

(٥) في ب و حـ: «في الطهر الثاني ثانيا».

(٦) في حـ: «وفي الطهر الثالث ثالثا فتبين منه». وفي ب: «ثم في الطهر الثالث فتبين».

وأما طلاق البدعة في الوقت: < ف>أن يطلقها في حالة الحيض، أو في طهر جامعها فيه.

وأما طلاق البدعة[١] في العدد: <ف>أن يطلقها، ثلاثاً، بكلمة واحدة[٢].

ثم السنة التي ترجع إلى العدد: تستوي فيها المدخول بها وغير المدخول بها[٣]، لأنه إيقاع الطلاق من غير حاجة.

فأما السنة في الوقت: < ف> يختلف فيهما المدخول بها وغير المدخول بها: فإن الطلاق في حالة الحيض يكره عليها إذا كان مدخولا بها لا غير[٤]، لأن فيه تطويل العدة. فأما في غير المدخولة: فلا يكره، لأنه لا يؤدي إلى تطويل العدة، فإنه لا عدة عليها[٥].

وهذا الذي ذكرنا، من[٦] السنة والبدعة، قول أصحابنا.

وقال الشافعي: لا أعرف في عدد الطلاق سنة ولا بدعة، وإنما السنة والبدعة في الوقت ـ على ما ذكرنا.

وأصل ذلك ما روي عن عبد الله بن عمر أنه طلق امرأته في حالة الحيض، فسأل رسول الله صلى الله عليه عن ذلك، فقال: «أخطأت

---

(١) «أما طلاق البدعة» من ب و حـ.

(٢) في ب: «ثلاثا جملة واحدة في طهر واحد». وفي حـ: «ثلاثا جملة في طهر واحد». وفي ب و حـ وردت عبارة: «وأما طلاق البدعة في العدد... بكلمة واحدة» قبل عبارة «وأما طلاق البدعة في الوقت... جامعها فيه».

(٣) «وغير المدخول بها» ليست في ب.

(٤) في ب: «يكره في المدخولة». وفي حـ: «يكره في المدخول < بها >» بدل: «يكره عليها إذا كان مدخولا بها لا غير».

(٥) «لأن فيه تطويل... لا عدة عليها» من ب و حـ.

(٦) هكذا في ب. وفي الأصل و حـ: «في».

السنة ، ما هكذا أمرك الله ، إن من السنة أن يستقبل الطهر فيطلقها[١] ، لكل قرء تطليقة » .

هذا الذى ذكرنا فى حق ذوات الأقراء . فأما فى حق الآيسة والصغيرة — <ف> طلاق السنة أن يفصل بين كل تطليقة [٢] بشهر ، بالإجماع[٣] .

وفى حق الممتدة[٤] طهرها ، لا يطلق[٥] للسنة ، إلا واحدة[٦] .

وأما فى الحامل: <ف> قال أبو حنيفة وأبو يوسف[٧]: يطلق ثلاثاً، للسنة[٨] ، ويفصل بين كل طلاقيها[٩] بشهر .

وقال محمد وزفر : لا يطلق للسنة إلا واحدة ، وهى مسألة معروفة .

ثم فى حق الآيسة والصغيرة : إذا دخل بهما ، لا يكره الطلاق، وإن طلقهما فى طهر جامعهما[١٠] فيه ، بل يباح له الطلاق فى أى وقت شاء ، لأن احتمال الحبل[١١] معدوم، وفى ذوات الأقراء يكره لهذا[١٢] .

---

(١) فى ب و حـ: « أن تستقبل الطهر فيطلقها » .

(٢) هكذا فى حـ . وفى الأصل و ب : « كل طلاقها » .

(٣) ينتهى هنا فى ا النقص الذى أشرنا إليه قبيل كتاب البيع . انظر الجزء الأول، ص ٥٥٨ ، هامش ٥ .

(٤) فى ب : « الممتد » .

(٥) فى ا : « لا تطلق » .

(٦) و (٧) فى حـ : « لا يطلق للسنة واحدة فى كل شهر إلا عند أبى حنيفة وأبى يوسف » .

(٨) « للسنة » ليست فى حـ .

(٩) لعل الأفضل أن يقال : « تطليقة » .

(١٠) فى ا و ب و حـ الكلام بصيغة المفرد : « ... بها ... طلقها ... جامعها » .

(١١) « الحبل » ليست فى حـ .

(١٢) فى ب : « معدوم فى غير ذوات الأقراء فلا يكره لهذا »

وكذلك فى حق الحامل ـ لأن الكراهة[١] للندامة بسبب الحمل[٢]، فمتى طلقها مع قيام الحمل، علم أنه لم[٣] يندم.

. . .

هذا الذي ذكرنا فى حق الحرة، فأما فى حق الأمة المسلمة والكتابية ـ
<ف> لايختلف الجواب فى حق السنة والبدعة، إلا أن فى حق الأمة طلاق السنة واحدة[٤]، لأن طلاق الأمة[٥] ثنتان، وعدتها حيضتان.

. . .

ولو طلق امرأته واحدة، ثم راجعها، فى ذلك الطهر، فله أن يطلقها ثانياً للسنة، عند أبى حنيفة وزفر.

وقال أبو يوسف: لايطلق[٦].

وعن محمد روايتان.

وأجمعوا أنه لو أبانها فى طهر لم يجامعها فيه، ثم تزوجها ـ له أن يطلقها، ثانياً، للسنة.

فأبو حنيفة ألحق المراجعة بالتزويج، والمعنى الجامع بينهما أن بالمراجعة بطل حكم الطلاق، فجعل كأن لم يكن.

وعلى هذا قالوا: لو راجعها، بالقبلة واللمس[٧]: له أن يطلقها ثانياً فى ذلك

---

(١) فى ب: « الكراهية ».
(٢) فى ا و حـ: « الحبل ».
(٣) « لم » ساقطة من ا. وفى ب: « ماندم ».
(٤) التاء من ب و حـ. وفى الأصل و ا: « واحد ».
(٥) « الأمة » ساقطة من ا.
(٦) فى ب و ا: « لا تطلق ».
(٧) فى ا: « والمس » وفى ب: « أو اللمس ».

الطهر [١] عند أبي حنيفة. فأما إذا راجعها بالوطء: <ف> لا يطلق [٢] ثانياً، لأن الوطء دليل [٣] المراجعة، فيصير كما لو راجع ثم جامعها: ليس له أن يطلقها.

فأما إذا جامعها [٤]، فحبلت: جاز له أن يطلق أخرى، في ذلك الطهر [٥]، في قول أبي حنيفة ومحمد وزفر، وقال أبو يوسف: لا يطلقها — والصحيح قولهم [٦]، لأن الكراهة لمكان احتمال الحبل. فإذا علم بالحبل، وطلق، فالظاهر أنه لا يندم، كما إذا ظهر الحبل فجامعها، ثم طلقها — لا يكره، لما قلنا.

وإذا طلق امرأته في حالة الحيض، ثم راجعها، ثم أراد طلاقها للسنة: ذكر في الأصل أنها إذا طهرت، ثم حاضت، ثم طهرت، طلقها إن شاء.

وذكر الطحاوي أنه يطلقها في الطهر الذي يلي الحيضة [٧].

وذكر الكرخي وقال: ما ذكره الطحاوي قول أبي حنيفة، وما ذكر في الأصل قولهما. وما قال أبو حنيفة هو القياس، لأنه طهر لم يجامعها فيه، وما ذكر في الأصل لحديث [٨] ابن عمر أن النبي عليه السلام قال لعمر: «مر ابنك فليراجعها، ثم يدعها [٩]، حتى تطهر، ثم [١٠] تحيض، فتطهر،

---

(١) «في ذلك الطهر» من ب .
(٢) في ا : «لا تطلق» .
(٣) في ا و ب و حـ : «دلالة» .
(٤) «جامعها» من ا و ب و حـ . وفي الأصل : «راجعها» .
(٥) «في ذلك الطهر» من ب .
(٦) في ا و ب و حـ كذا : «قولهما» .
(٧) راجع : الطحاوي ، المختصر ، ص ١٩٢ وهامش ٦ منها – ص ١٩٤ .
(٨) في ب : «في الأصل استحسانا لحديث» .
(٩) في حـ : «ليدعها» . (١٠) «تطهر ثم» ليست في ب .

ثم يطلقها، إن شاء، طاهراً، من غير جماع».

إذا ثبت هذا فنقول:

- إذا قال لامرأته: «أنت طالق للسنة»: <ف> إن كانت من ذوات الأقراء، وهي طاهرة، من غير جماع، يقع الطلاق للحال[1]. وإن كانت حائضاً أو[2] في طهر جامعها فيه، لم يقع الساعة، فإذا حاضت، وطهرت، وقعت بها تطليقة.

- وإذا قال: «أنت طالق ثنتين للسنة، أو ثلاثا للسنة» وقع عند كل طهر، لم يواقعها فيه[3]، طلقة.

- ولو قال: «أنت طالق ثلاثاً للسنة»، ونوى الوقوع للحال، يقع عندنا، خلافاً لزفر، لأن السنة نوعان: سنة إيقاع، وسنة وقوع: فإن وقوع الثلاث عرفناه جائزاً مشروعاً[4] بالسنة، وسنة الإيقاع ما ذكرنا. فإذا نوى، صحت نيته.

- ولو قال: «أنت طالق للسنة» ونوى الثلاث، صح، لما ذكرنا أن سنة الإيقاع نوعان: حسن وأحسن، فإذا لم يكن له نية، يقع على الأحسن، وهو الطلاق الواحد، في طهر، لم يجامعها فيه، وإذا نوى الثلاث

---

(١) «للحال» من ب.

(٢) «أو» ليست في حـ.

(٣) «فيه» من ا و ب و حـ.

(٤) في ا: «أو مشروعا».

فقد نوى إيقاعه في ثلاثة أطهار : فيقع، عند كل طهر، واحدة . كأنه قال : « أنت طالق ثلاثاً في ثلاثة أطهار » .

ـ ولو قال : « أنت طالق للبدعة » ، ونوى الثلاث ، صح . لأن إيقاعه الثلاث، جملة ، في طهر واحد ، بدعة ، والطلاق في حالة الحيض بدعة ، فإذا نوى الثلاث ، فقد نوى ما يحتمله كلامه [١]، فصحت نيته .

ـ فأما في حق الآيسة، والصغيرة، والحامل [٢]: <فإنه> إذا قال: «أنت طالق ثلاثاً للسنة» يقع، للحال، واحدة، وعند كل شهر، أخرى، لقيامه مقام الطهر [٣].

ـ وعلى هذا ـ إذا قال [٤]: «أنت طالق طلاق [٥] العدة، أو طلاق العدل، أو طلاق الإسلام ، أو طلاق الحق ، أو طلاق القرآن ، أو أجمل [٦] الطلاق ، أو أعدل الطلاق ، أو أحسن الطلاق » ـ فالجواب فيه مثل قوله : « أنت طالق للسنة » .

ثم يتنوع الطلاق أيضاً إلى نوعين آخرين : رجعي وبائن :

أما الرجعي :

فهو صريح الطلاق إذا كان واحداً أو اثنتين [٧] .

---

(١) في حـ : « لفظه » .

(٢) « والحامل » ليست في ب ـ انظر الهامش التالي .

(٣) زاد في ب : « وكذا في حق الحامل عند أبي حنيفة وأبي يوسف، لما قلنا » ـ راجع الهامش السابق .

(٤) « إذا قال » ليست في حـ .

(٥) « طلاق » ليست في ب و حـ .

(٦) في ا : « أو قال: أنت طالق أجمل » .

(٧) في ب و ا : « أو اثنين » .

والصريح ما اشتق من لفظ [١]«الطلاق» نحو قولك [٢]: «أنت طالق» و[٣] «أنت مطلقة» و[٤] «طلقتك». ونحو ذلك. وكذلك إذا قال: «أنت الطلاق [٥]»، لأن المصدر قد يراد به المفعول، كأنه قال: «أنت مطلقة» وقد يراد به الفاعل فكأنه قال: «أنت طالق».

وكذلك الألفاظ الثلاثة التي تسمى كناية. نحو قولك «اعتدى» و «استبرى رحمك» و «أنت واحدة» [٦] فإنه يكون رجعياً: لأن قوله «اعتدى» [٧]: إن كان بعد الدخول، يقع الطلاق به [٨]، بطريق الاقتضاء، لأن الأمر بالاعتداد يكون بعد الطلاق، فيصير الطلاق ثابتاً مقتضى صحة الأمر، كأنه قال: «طلقتك فاعتدى»، وإن كان قبل الدخول بها [٩]: يجعل مجازاً [١٠] عن الطلاق. وكذا [١١] قوله: «استبرى رحمك»، وقوله: «أنت [١٢] واحدة»

(١) في ا و حـ: «لفظة».
(٢) في حـ: «قوله».
(٣) و (٤) في ا: «أو».
(٥) في حـ: «طالق».
(٦) أي أنت طالق طلقة واحدة كما يقال أعطيته جزيلا أي عطاء جزيلا – فهو، لما نوى الطلاق – قد جعل قوله «واحدة» نعتا لمصدر محذوف وهو الطلقة (انظر ما سيأتي والكاساني ٣: ١١٢: ٧ – ٩). وانظر السطرين الأخيرين من متن هذه الصفحة وانظر فيما بعد ص ٢٦٨.
(٧) «واستبرى ... اعتدى» من ا و ب و حـ.
(٨) «به» من ب.
(٩) «بها» من حـ.
(١٠) في ا و ب و حـ: «فهو مجاز».
(١١) «كذا» ليست في حـ.
(١٢) في الأصل: «وأنت».

أى أنت طالق طلقة واحدة .

ثم ما كان من الصريح لايحتاج فيه إلى النية .

وأما فى هذه الألفاظ الثلاثة : < فـ > يحتاج إلى النية .

فلو نوى بقوله «أنت طالق» ونظائره ، ثلاث تطليقات أو طلقتين ـ لا يصح عندنا . وعند زفر والشافعى: يصح .

فأما إذا ذكر بلفظة الأمر ، بأن قال : «طلقى نفسك» أو قال لرجل: «طلق امرأتى» ونوى الثلاث : صح .

وكذلك إذا قرن به المصدر . بأن قال «أنت طالق طلاقاً» . وكذا إذا ذكر المصدر وحده ، بأن قال «أنت الطلاق» ونوى الثلاث: صح ، بالإجماع [1] .

ولا خلاف فى الكنايات المنبئة عن البينونة ، والحرمة ، نحو قولك : «أنت بائن» ، «أنت على [2] حرام» ونوى الثلاث : فإنه يقع الثلاث ـ والمسألة معروفة .

ولو قال «أنت طالق» وقال أردت طلاقا عن وثاق ، يصدق فيما بينه وبين الله ، دون القضاء [3] ، لأنه صرف الكلام عن ظاهره شرعاً .

ولو قال «أنت طالق» وقال [4] أردت [5] الطلاق عن العمل ، لا يصدق

---

(١) «بالإجماع» ليست فى ا . أما فى ب فقد سقطت عبارة «بأن قال : أنت طالق طلاقا ، وكذا إذا ذكر المصدر وحده» فالعبارة فيها : «وكذلك إذا قرن به المصدر بأن قال أنت الطلاق ، ونوى الثلاث: صح . بالإجماع» . وأما فى حـ فالعبارة ساقطة كلها ماعدا «بالإجماع» ؛ وإذن فالساقط فى حـ : «وكذلك إذا قرن به المصدر ... صح» .

(٢) «على» ليست فى ب ففيها : «أنت حرام» .

(٣) فى حـ : «دون القضاء ولا يصدق فى القضاء» .

(٤) «أنت طالق وقال» من ا و ب و حـ .　　(٥) فى حـ : «أردت به» .

أصلا - كذا[١] قال أصحابنا. وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه[٢] قال: يصدق فيما بينه وبين الله في الفصلين.

ولو قال «أنت مطلقة رجعية[٣]»، لا يقع بدون النية.

ولو قال: «أنت أطلق من امرأة فلان» وهي[٤] مطلقة، فإنه يقف[٥] على النية، إلا إذا كان في حال سؤال الطلاق منها: فإنه يقع، من غير نية.

ولو قال «يامطلقة» أو «ياطالق[٦]» وقال أردت به الشتم: يصدق فيما بينه وبين الله، دون القضاء[٧] إن لم يكن لها زوج قبله. فأما إذا كان لها زوج قبله: < فإنه > يصدق في القضاء.

ولو قال: «أنت طالق طالق» أو «طلقتك طلقتك» وعنى بالثاني الإخبار: يصدق فيما بينه وبين الله، دون القضاء.

ولو قال «أنت طالق» فقال رجل «ما قلت؟» فقال: «قلت: هي طالق»، أو قال «قد طلقتها» فهي واحدة في القضاء، لأن الظاهر يدل عليه.

---

(١) في ب: «وكذا».
(٢) «أنه» ليست في ب و حـ. وفيهما: «وقال»
(٣) «رجعية» ليست في ب. وفي حـ: «أنت مطلقة واحدة الرجعية».
(٤) في ب: «وامرأة فلان» بدلا من: «وهي».
(٥) في ا و حـ: «يقع».
(٦) في حـ: «ياطلاق».
(٧) في ا و ب و حـ: «ولا يصدق في القضاء».

وأما حكم الطلاق الرجعى - < فنقول > :

إنه يوجب الحرمة، وزوال الملك، عند انقضاء المدة . وفى الحال: ينعقد سببا لزوال الملك ، ويتم عليه[١] عند انقضاء المدة .

وكذا ينعقد سببا لزوال حل المحلية، عند انضمام الطلقة الثانية والثالثة إليه . فأما فى الحال: <فـ>لا يزول شىء من الحل والملك .

وهذا عندنا[٢]. وعلى قول الشافعى: حكمه ، للحال[٣]، زوال حل[٤] الوطء ، وزوال الملك من وجه.

وعلى هذا ينبنى حل الوطء ، عندنا ، لقيام ملك النكاح ، من كل وجه . وإنما يزول عند انقضاء المدة ، فيكون الحل قائما قبل انقضاء المدة، وتكون الرجعة استدامة الملك - وعنده : الرجعة إنشاء النكاح من وجه ، واستبقاء من وجه ، فيقول[٥] بالحرمة، احتياطا .

وعلى هذا ينبنى أن الإشهاد[٦] ليس بشرط فى الرجعة ، عندنا[٧] ، وعنده: شرط . لما كان إنشاء[٨] النكاح من وجه .

---

(١) فى ب : « تمله » . وفى ا و حـ : « فيتم عليه ».
(٢) « فأما فى الحال ... عندنا » من ب وليست فى الأصل ، ولا فى ا و حـ .
(٣) « للحال » ليست فى ا و حـ .
(٤) « حل » ليست فى حـ .
(٥) « فيقول » ليست فى ا .
(٦) هكذا فى ا و ب و حـ . وفى الأصل : « الشهادة ليس ... » .
(٧) « عندنا » ليست فى ا .
(٨) فى ا : « كان من إنشاء » .

وأجمعوا أنه يملك المراجعة من غير رضا المرأة ، ومن غير مهر ، ومن غير تجديد العقد: وهو أن يقول لامرأته « راجعتك » أو عبارة تقوم مقامها في هذا المعنى[١]. والأفضل أن يشهد على رجعتها .وأن يعلمها بذلك .

وعلى هذا : إن الرجعة لا تثبت بالفعل عنده ، لأن إنشاء النكاح ، من كل وجه، يكون بالقول ، والرجعة إنشاء من وجه، فيجب[٢] أن تكون بالقول أيضا ، لكنا نقول : عندنا تثبت الرجعة و[٣] الإعادة إلى الحالة الأولى ، بطريق الدلالة ، لأن الطلاق الرجعي متى زال الملك به ، عند انقضاء العدة، يثبت من وقت التكلم من وجه ،لأن الإبانة قول الزوج، وقوله[٤] هو الطلاق السابق، فلو لم تصح[٥] الرجعة بالوطء، لصار الوطء واقعا في ملك الغير من وجه . فكان الإقدام على الوطء دلالة الرجعة والرد إلى الحالة الأولى، احترازا عن الحرمة من وجه[٦] و[٧].

---

(١) « المعنى » ليست في ب .

(٢) الفاء من ب .

(٣) هكذا في ا و ب و حـ . وفي الأصل : « هو » .

(٤) في ا و ب و حـ : « لأن الإبانة فعل الزوج وقوله » .

(٥) في حـ : « فلم تصح » بدلا من : « فلو لم تصح » .

(٦) « من وجه » من ا و ب و حـ .

(٧) عبارة الكاساني (٣ : ١٨١ : ٧ من أسفل ـ ١٨٢) : « ... وعلى هذا تبنى الرجعة بالفعل بأن جامعها : أنها جائزة عندنا ، وعند الشافعي : لا يجوز الرجعة إلا بالقول ـ وجه البناء على هذا الأصل أن الرجعة عنده إنشاء النكاح من وجه ، وإنشاء النكاح من كل وجه لا يجوز إلا بالقول ـ فكذا إنشاؤه من وجه ؛ وعندنا هي استدامة النكاح من كل وجه. فلا تختص بالقول . ويبنى أيضاً على حل الوطء وحرمته : وجه البناء أن الوطء لما كان حلالا عندنا فإذا وطئها فلو لم يجعل الوطء دلالة الرجعة وربما لا يراجعها بالقول بل يتركها حتى تنقضي عدتها ، =

وكذا إذا لمسها[١] بشهوة[٢]،أو نظر إلى فرجها بشهوة[٣]،لأن ذلك حرام أيضاً فى غير الملك من وجه .

فأما النظر إلى فرجها[٤] ،لاعن شهوة ، والنظر إلى سائر أعضائها عن شهوة: < ف > لا يوجب المراجعة ، لأن هذا مما يباح فى الجملة .

ولو جامعت الزوج، وهو نائم ، أو مجنون : تثبت الرجعة .

ولو لمسته المرأة بشهوة مختلسة،أو كان نائماً[٥] ،واعترف[٦] أنه كان بشهوة[٧]: فهو رجعة عند أبى حنيفة.وهو رواية عن[٨]أبى يوسف. وقال محمد:ليس برجعة[٩] ـ وقد ذكرنا المسألة فى كتاب البيوع ، فى الجارية

= فيزول الملك عند انقضاء العدة بالطلاق السابق لأنه لا عمل منه إلا ذلك فيزول الملك مستندا إلى وقت وجود الطلاق ، فتبين أن الملك كان زائلا من وقت الطلاق من وجه.فيظهر أن الوطء كان حراماً ، فجعل الإقدام على الوطء دلالة الرجعة ، صيانة له عن الحرام ـ وعنده لما كان الوطء حراما لا يقدم عليه فلا ضرورة إلى جعله دلالة الرجعة » .

(١) فى ب و حـ : « لو مسها » .

(٢) فى ا و ب و حـ :« لشهوة » .

(٣) فى ا و حـ :« لشهوة » .

(٤) « إلى فرجها » من ا و ب و حـ .

(٥) « مختلسة أو كان نائما » ليست فى ب .

(٦) فى ا و ب و حـ :« واعترفت » . وفى الكاسانى (٣ : ١٨٢ : ٢٢) : « أو اعترف الزوج أنه كان بشهوة » .وقال ابن الهمام فى الفتح (٣:١٦٢) : « هذا إذا صدقها الزوج فى الشهوة فاذا أنكر لا تثبت الرجعة » .

(٧) فى ا و ب و حـ : «الشهوة » .

(٨) « هو رواية عن » من ب ـ انظر الهامش التالى .

(٩) فى الكاسانى (٣ : ١٨٢ : ٢٣) : « ... فهو رجعة فى قول أبى حنيفة ومحمد ، وقال أبو يوسف: ليس برجعة » . وقال ابن الهمام (فتح القدير ، ٣:١٦١) : « ... ذكر شيخ الإسلام وشمس الأئمة ، أن على قول أبى حنيفة ومحمد تثبت الرجعة خلافا لأبى يوسف انتهى ، وعن محمد كقول أبى يوسف ، وذكر أن أبا يوسف مع أبى حنيفة » ولتحقيق هذه المسألة راجع فيما تقدم ص ٩٦ ـ ٩٩ .

المشتراة بشرط الخيار المشترى إذا لمست[١] المشترى بشهوة[٢]، على الاختلاس، فلا نعيده[٣].

ثم إنما تصح الرجعة إذا راجعها فى العدة. <ف> لاتصح[٤] بعد انقضاء العدة، لأنه زال الملك، فلا بد من تجديد العقد.

ولو أنها إذا طهرت من الحيضة الثالثة فقال «راجعتك» لايخلو: إما أن تكون أيامها عشرة، أو ما دون العشرة:

فإن كانت أيامها عشرة: فإنه لاتصح الرجعة، وتحل للأزواج، لأن عدتها تنقضى بمجرد مضى العشرة.

فأما إذا كان<ت> مادون العشرة: <ف> إن اغتسلت: لاتصح الرجعة، وتحل للأزواج. وإن كان قبل الاغتسال: <ف> لاتحل للأزواج، وتصح الرجعة، لأن مدة الاغتسال، من الحيض، بإجماع الصحابة.

ولو اغتسلت بسؤر حمار: فلا تصح الرجعة، ولاتحل للأزواج، لأن سؤر الحمار مشكوك فيه[٥]، فكان الاحتياط فى باب الحرمة أن لاتصح الرجعة، ولاتحل للأزواج.

ولو اغتسلت وبقى فى[٦] بدنها عضو، كانت له الرجعة. وإن كان

---

(١) فى ب: «مست».
(٢) فى ا و ب و حـ: «لشهوة».
(٣) فى الأصل يشبه: «فلا نعتد به» — راجع كتاب البيوع، باب خيار الشرط، ص ٩٦— ٩٩ وخصوصا ٩٧ — ٩٨.
(٤) فى الأصل و ا و ب و حـ: «فأما لا تصح». وفى الكاسانى (٣: ١٨٣ — ٢٠٢): «فلا تصح».
(٥) راجع حـ ١ ص ١٠٣.
(٦) فى ا و ب و حـ: «من».

أقل من عضو ، فلا رجعة ــ وهذا استحسان ، والقياس أنه إذا بقى أقل من عضو أن تبقى الرجعة ، لأن الحدث باق ، حتى لا تحل لها الصلاة ــ هكذا روى عن أبي يوسف . وقال محمد : الاستحسان فى العضو أنه لا تنقطع الرجعة[١] ، والقياس أنه تنقطع ، كما فى المضمضة والاستنشاق ــ إلا أنهم استحسنوا وقالوا : لا[٢] تنقطع الرجعة[٣] ، لأن وجوب غسل العضو مجمع عليه . فلا يكون الاغتسال معتبراً معه ، كما لو زاد على العضو .

فأما إذا بقى المضمضة أو[٤] الاستنشاق : <فقد> روى عن محمد أنه قال[٥] : تنقطع الرجعة ، ولا تحل الأزواج . لأن المضمضة مختلف فى وجوبها ، فكان الاحتياط أن تنقطع الرجعة ولا تحل <للأزواج>[٦] .

هذا الذى ذكرنا حكم الاغتسال .

ولو مضى وقت[٧] صلاة كامل[٨] ، قبل أن تغتسل : فإنه تنقطع الرجعة . لأن الصلاة صارت دينا ، فيكون لها حكم الطاهرات مطلقا .

فأما[٩] إذا تيممت ، بأن كانت مسافرة : <فـ> إن صلت تنقطع

---

(١) « الرجعة » من ب و ا .

(٢) « لا » ليست فى ح .

(٣) « الرجعة » من ب .

(٤) كذا فى ا . وفى الأصل و ب و ح : « و » .

(٥) « قال » من ا و ح .

(٦) « لأن المضمضة مختلف ... للأزواج » ليست فى ب . وفى الأصل و ا و ح . « الأزواج » فجعلناها « للأزواج » كي يستقيم المعنى كما سبق فى المتن .

(٧) فى ب : « فى وقت » .

(٨) فى ا : « كاملة » .

(٩) الفاء من ا و ب و ح .

الرجعة[١] أيضا. فأما بنفس التيمم: <ف> عند أبي حنيفة وأبي يوسف: لا تنقطع.

وعند محمد وزفر: تنقطع[٢] ـ والمسألة معروفة.

ولو قال الزوج: قد[٣] كنت راجعتك أمس، وكذبته المرأة: <ف> إن كانت في العدة: فالقول قوله[٤]، لأنه أخبر بما يملك إنشاءه[٥] للحال. وإن قال[٦] بعد انقضاء العدة. وكذبته المرأة[٧]: فالقول قولها[٨]، لأنه أخبر بما لا يملك للحال إنشاءه[٩]، ولا يمين عليها عند أبي حنيفة، خلافا لهما ـ وهذه من جملة المسائل السبعة[١٠] التي لا يستحلف فيها عنده[١١].

فإن قال «قد راجعتك»، فقالت مجيبة[١٢]: «قد[١٣] انقضت عدتي»:

---

(١) «الرجعة» من ب.
(٢) في حـ: «لا تنقطع».
(٣) «قد» من ب.
(٤) في ا: «قولها».
(٥) هكذا في ا و حـ. وفي الأصل: «الإنشا». وفي ب: «لا نشا».
(٦) «قال» ليست في حـ. وفي ب: «كان» وانظر الهامش التالي.
(٧) في ب: «وكذبته المرأة إن كانت في العدة».
(٨) في حـ: «فالقول قول المرأة». وفي ب: «قوله».
(٩) «وإن قال بعد .... إنشاءه» ليست في ا.
(١٠) «السبعة» من ا و ب و حـ. انظر الهامش التالي.
(١١) ذكرناها في باب الولي: الهامش ١ ص ٢٢٦.
(١٢) زاد في ا و ب و حـ: «له».
(١٣) في حـ: «لقد».

فالقول قولها عند أبي حنيفة ، وقالا[١] : القول قول الزوج - والمسألة معروفة .

ومن حكم الطلاق الرجعي - أن تكون الأقراء محسوبة من العدة . لأن الطلاق واقع في حق[٢] أحد الحكمين ، وهو انعقاده سبباً لزوال حل التزوج[٣] .

. . .

وأما الطلاق البائن :

فنذكر أقسامه ، وأحكامه - فنقول :

الطلاق البائن أقسام ثلاثة :

أحدها - أن يقترن[٤] بصريح الطلاق ما يدل على البينونة .

والثاني - أن يكون اللفظ منبئاً عن البينونة .

والثالث - ما يقع به البينونة من طريق[٥] الحكم .

أما الأول - < فنقول > :

إذا اقترن بالصريح العدد الثلاث بأن قال : « أنت طالق ثلاثاً » ، أو[٦] اقترن باللفظ المنبيء عن البينونة صفة المرأة[٧] ، من غير حرف

(١) في ا و ب و حـ : « وقال أبو يوسف » وفي الكاساني (٣ : ١٨٥ : السطر الأسفل) : « وقال أبو يوسف ومحمد » .

(٢) « حق » ليست في حـ .

(٣) « وهو انعقاده ... التزوج » ليست في ا و حـ .

(٤) في ب : « يقرن » .

(٥) « طريق » ليست في حـ .

(٦) في ا و حـ : « إذا » بدلا من : « أو » .

(٧) هكذا في ا و ب و حـ . وفي الأصل : « المرأة » .

العطف[١] كقوله[٢] : « أنت طالق بائن[٣] » أو « طالق البتة[٤] » أو « أنت طالق حرام » .

وعن أبي يوسف أنه إذا قال « أنت طالق للبدعة » ونوى واحدة بائنة : تكون بائنة. وروى هشام عن محمد في هذه المسألة أنه واحدة رجعية .

ولو قال: «أنت طالق أقبح الطلاق»: روى عن أبي يوسف أنه رجعي، وقال محمد : إنه بائن .

والقسم الثاني :

أن يوقع بألفاظ[٥] دالة على البينونة والقطع والحرمة ، وهي تسمى « كنايات الطلاق » .

وهي في الجملة أقسام ثلاثة: منها ما يصلح للشتم، والتبعيد، والطلاق. ومنها ما يصلح للطلاق والتبعيد، و[٦] لا يصلح للشتم. ومنها ما[٧] لا يصلح للطلاق .

والأحوال ثلاثة : حال[٨] ذكر الطلاق ، وحال الغضب ، وحال ابتداء الزوج بالطلاق ليس بحال سؤال الطلاق ولا حال الغضب .

وههنا حكمان: أحدهما ـ أن وقوع الطلاق بهذه الألفاظ[٩] يفتقر إلى

---

(١) « من ... العطف » من ا و ب. وفي حـ : « من غير العطف » .
(٢) كذا في ا و ب و حـ . وفي الأصل : « كقولك ».
(٣) في ب : « أنت طالق ثلاثا بائن » .
(٤) في ا : « بتة » . وفي ب : « أنت طالق البتة » .
(٥) هكذا في ا و ب و حـ . وفي الأصل : « بلفظ » . وانظر فيما تقدم ص ٢٥٨ .
(٦) « يصلح للطلاق والتبعيد و » ليست في حـ .
(٧) « ما » من ا و ب و حـ .
(٨) « حال » ليست في ب . وفي حـ و ا : « حالة ».
(٩) « بهذه الألفاظ » ليست في ا .

نية الطلاق أم لا ؟ . والثانى ـ إذا قال المتكلم : « ما عنيت بهذا اللفظ الطلاق » : هل يصدق أم لا ؟ .

فنقول :

أما بيان الحكم[١] الأول :

إذا ذكر لفظا يصلح للطلاق فى[٢] غير حال مذاكرة[٣] الطلاق ، وحال الغضب[٤] ، كيفما كان[٥] : <ف> إذا نوى به الطلاق : يقع . وإن لم يكن له نية : لا يقع ، لأنه كما يصلح[٦] للفرقة يصلح لأمر آخر ـ فإن قوله « بائن » يحتمل بينونة الطلاق ، ويحتمل البينونة عن الخير أو عن الشر .

وكذلك قوله « اذهبى » و[٧] « اغربى » و « الحقى بأهلك » فإنه كما يصلح للطلاق ، يصلح للإبعاد عن نفسه ، والتغريب من غير طلاق محتمل[٨] ، والمحتمل[٩] لا يقع بدون النية .

وإن كان لفظاً[١٠] لا يصلح للطلاق ، فإنه لا[١١] يقع به الطلاق ،

---

(١) كذا فى ا و ب و حـ . وفى الأصل : « حكم » .

(٢) هكذا فى ب و حـ . وفى الأصل : « من » وانظر الهامش ٤ .

(٣) فى ب : « ذكر » وانظر الهامش التالى .

(٤) « فى غير حال ... الغضب » ليست فى ا .

(٥) « كيفما كان » من ا و حـ .

(٦) « وإن لم يكن له نية ... كما يصلح » ليست فى حـ .

(٧) هكذا فى ا و ب و حـ وفى الأصل : « أو » .

(٨) « محتمل » من ا و ب .

(٩) « والمحتمل » ليست فى ا . وفى حـ : « ويحتمل » .

(١٠) « لفظا » من ا و ب . وفى حـ « ألفاظا » .

(١١) « لا » ليست فى ا .

وإن نوى ، لأن الطلاق يقع باللفظ ، لا بالنية ، كقوله « اسقني[١] » و «اقعدي» و« أعرضت عن طلاقك » و« صفحت عن فراقك » و« تركت طلاقك » و «خليت سبيل طلاقك » ونحو ذلك .

وأما في حال ذكر الطلاق و[٢] حال الغضب: < ف > في تسعة ألفاظ من الكنايات يقع الطلاق ، بلا نية ـ وهي قوله :« أنت بائن» و « أنت على حرام » و « خلية » و « برية » و « بتة » و « أمرك بيدك » و « اختاري » و « اعتدي » و« استبرى رحمك » ـ لأن هذه الألفاظ كما تصلح للطلاق تصلح لغيره. والحال يدل على الطلاق ظاهرا ، لأنه حال سؤال الطلاق، وحال الغضب والخصومة، فكان الظاهر أنه قصد الطلاق[٣] بذلك، فرجح جانب الطلاق على غيره .

وأما في سائر الألفاظ ، نحو قولك[٤] :«لا سبيل لي عليك» و«فارقتك» و « خليت سبيلك » و « لا ملك لي عليك » و« الحقي بأهلك » و «وهبتك لأهلك » و « اغربي » و « اخرجي» و « اذهبي » و« قومي » و «استتري» و « تقنعي » و « تزوجي » و « لا نكاح لي عليك » ، ونحو ذلك ـ <ف> لا يقع إلا بالنية ، لأنه[٥] كما تصلح للطلاق ، تصلح للتبعيد عن

---

(١) في حـ كذا :« استقي » .

(٢) « حال ذكر الطلاق و » من ا و ب و حـ .

(٣) في ا و ب :« قاصد للطلاق » . وفي حـ : « قاصد الطلاق » .

(٤) في ب : « قوله » .

(٥) في ا : « لأنها » . وفي حـ : « لأنها » .

نفسه [١] ، والإنسان قد يبعد امرأته من غير طلاق [٢] ، فلا بد من النية .

وأما الحكم [٣] الثاني :

وهو أنه إذا قال [٤] « ما عنيت به الطلاق » - هل يصدق؟ فنقول:

في [٥] كل لفظ يصلح للطلاق ، يصدق ، فيما بينه وبين الله ، لكونه محتملا [٦] . فأما في القضاء <في> هل يصدق : فهو على أقسام ثلاثة [٧] :

- قسم منه لا يدين [٨] ، في الأحوال كلها ، وهو أربعة ألفاظ : قوله : « أمرك بيدك » و « اختاري » و « اعتدي » و « استبري رحمك » . لأن هذه الألفاظ لا تصلح للشتم ولا للتبعيد ، فالظاهر منها الطلاق [٩] ، والحال يدل [١٠] عليه ، فلا [١١] يصدق في القضاء .

---

(١) « عن نفسه » ليست في ب .

(٢) « والإنسان قد يبعد امرأته من غير طلاق » ليست في ا و ب و حـ . وهنا في ا و حـ : « والحال لا يدل على الطلاق » . وفي ب : « والحال لا يدل على الطلاق لكونه محتملا » .

(٣) في حـ : « حكم » .

(٤) هكذا في ا و ب و حـ . وفي الأصل : « وهو أن يقول » .

(٥) « في » ليست في ا .

(٦) في ا و ب و حـ : « وبين الله لأنه نوى ما يحتمله لفظه وإن كان خلاف الظاهر » .

(٧) انظر الكاساني ، ٣ : ١٠٦ : ٩ من أسفل .

(٨) قال في المغرب : « دينه وكله إلى دينه . وقولهم « يدين في القضاء » أي يصدق » . وقال البابرتي في العناية (٣ : ٤٦) : « (لم يدين في القضاء) أي لم يصدق وحقيقته : « دينت الرجل تديينا » وكلته الى دينه ، فاستعمل في التصديق مجازا » .

(٩) في حـ : « فالظاهر منها أنه أراد به الطلاق » .

(١٠) في ا و ب و حـ : « لا يدل » .

(١١) هكذا في ا و ب و حـ . وفي الأصل : « ولا » .

ـ وقسم منه يدين في حال الغضب، ولا يدين في حال ذكر الطلاق ـ وذلك في كل لفظ يصلح للشتم . وهي خمسة ألفاظ : « أنت خلية » ـ « برية » ـ « بتة » ـ « باين » ـ « أنت على حرام »[1] ـ لأن هذه الألفاظ تصلح للشتم، وتصلح للطلاق، وحال الغضب يصلح للأمرين جميعا[2] ، فكان الحال محتملا ، واللفظ محتملا[3] للطلاق وغيره ، فلا يكون قوله[4] خلاف الظاهر ، فيصدق . وأما في حال ذكر[5] الطلاق: فذكر هذه الألفاظ مع الرضى لا يصلح إلا للطلاق ، فحمل عليه ، دون الشتم .

ـ وقسم منه يدين في حال الغضب، وحال ذكر[6] الطلاق ، وهي الألفاظ التي تصلح للتبعيد والطلاق دون الشتم ، لأن هذه الألفاظ تصلح للتبعيد وتصلح للطلاق ، فلا يترجح أحد الأمرين بالحال ، وقد نوى مايحتمله كلامه ، والظاهر لا يخالفه ، فيصدق في القضاء.

< **والقسم الثالث** >[7] :

وأما البائن الذي يقع حكما فكثير : كاعتراض حرمة المصاهرة ، والرضاع، واللعان ، والردة ـ ونحوها[8] ، لأن الغرض هو المفارقة بينهما ،

---

(١) هكذا في ا و حـ . وفي الأصل : « وبرية » ، وفي ب : « أنت خلية » و « برية » و « بتة » و « بائن » و « أنت على حرام ».

(٢) « جميعا » من ا .

(٣) هكذا في ا و ب و حـ . وفي الأصل : « محتمل » .

(٤) هكذا في ا و ب و حـ . وفي الأصل : « نيته » .

(٥) و (٦) في ا : « مذاكرة » .

(٧) أي القسم الثالث من الطلاق البائن ـ راجع ص ٢٦٧ و ٢٦٨ .

(٨) في ب : « ونحو ذلك » .

فلا بد من ثبوت البينونة[1] - لكن بعضها يكون طلاقا بالإجماع بين أصحابنا[2]، وبعضها يكون فسخا بالإجماع . وبعضها مختلف فيه[3] .

أما الأول - <فـ> كالفرقة بالإيلاء: فإذا مضت مدة الإيلاء[4]، بانت بتطليقه بائنة عندنا، لأنه حصل بقول[5] الزوج. <و> كتفريق القاضي بسبب العنة[6]: فإن القاضي نائب عن الزوج فى التفريق الواجب عليه[7][8] .

وأما مايكون فسخا بالاجماع - <فـ> كالفرقة التى تقع بحرمة مؤبدة، مثل حرمة المصاهرة ، وحرمة الرضاع ، لأنها خلاف حكم الطلاق . وكذلك كل فرقة حصلت بفعل المرأة ،أو حصلت لا بفعل الزوجين[9]:

---

(١) فى ب : « ثبوت البينونة عن وصله النكاح » .

(٢) « بين أصحابنا » ليست فى ا . وفى حـ : « بإجماع بين أصحابنا ».

(٣) هكذا فى ا و ب و حـ . وفى الأصل : « يكون مختلفا فيه » .

(٤) الإيلاء فى اللغة عبارة عن اليمين . وفى الشريعة عبارة عن منع النفس عن قربان المنكوحة أربعة أشهر فصاعدا منعا مؤكدا باليمين (البابرتى، العناية ٣٠: ١٨٢) - وسيأتى الكلام عليه فى باب مستقل . وفى ا : « مدة أيامها » . وانظر فيما بعد الهامش ٨ .

(٥) فى ا و ب و حـ : « بفعل » .

(٦) راجع الهامش ١ ص ٢٠٨ .

(٧) « عليه » من ا و ب و حـ .

(٨) العبارة فى الأصل و ا و ب و حـ كما يأتى : « أما الأول كتفريق القاضى بسبب العنة فإذا مضت مدة الإيلاء (فى ا : مدة أيامها) بانت بتطليقة بائنة عندنا لأنه حصل بقول (فى ا و ب و حـ : بفعل) الزوج فإن القاضى نائب عن الزوج فى التفريق الواجب (زاد فى ا و ب و حـ : عليه) » - والعبارة على هذا النحو غير مستقيمة فجعلناها على النحو الذى فى المتن.

(٩) فى ب : « وحصلت لا بفعل الزوج » .

فهي فسخ ، لأن المرأة لا تملك الطلاق[١]، والطلاق لا بد له من قول[٢] الزوج ، وذلك نحو اختيار الأمة المعتقة نفسها ، أو اختيار الصغيرة إذا أدركت ، وردة المرأة، وإباؤها الإسلام[٣] بعد إسلام زوجها ، والفرقة الواقعة باختلاف الدارين ، لأنه ليس فعل[٤] أحد ، وكذا إذا ملك أحد الزوجين صاحبه ، لأنه تقع الفرقة بلا فعل[٥]، وكذا إذا أسلم الحربي ، وتحته أكثر من أربع نسوة ، فاختار أربعا[٦] منهن : تقع الفرقة على الباقيات ، بغير طلاق ، لأن الحرمة [٧] تثبت شرعا ، واختيار الزوج ، للبيان ، لا أنه طلاق . وكذا اختيار الصغير[٨] نفسه ، بعد البلوغ ، وإن كان فعله، لأنه رفع النكاح من وجه[٩]، والفسخ يثبت بطريق الضرورة.

وأما المختلف فيه - فـ نحو الفرقة بسبب اللعان: عند أبي حنيفة ومحمد: تكون طلاقا ، وعند أبي يوسف : تكون فسخا ، لأنه يثبت به [١٠] حرمة مؤبدة، عنده - خلافا لهما.

---

(١) « الطلاق » من ا و ب و حـ .
(٢) في ا و ب و حـ : « فعل » .
(٣) هكذا في ا و ب و حـ . وفي الأصل : « عن الإسلام » .
(٤) في ب : « بفعل » .
(٥) في ا و ب و حـ : «لأنه يقع لا بفعل أحد» .
(٦) « أربعا » ليست في ا
(٧) « طلاق لأن الحرمة » ليست في ا .
(٨) في ا : « الصغيرة » .
(٩) « من وجه » ليست في ا .
(١٠) « به » ليست في ا و ب .

وكذا ردة الزوج: عند أبى حنيفة وأبى يوسف: فرقة بائنة بغير طلاق. وقال محمد: هى طلاق بائن.

وإباء الزوج الإسلام إذا أسلمت امرأته الذمية: فهو[1] طلاق بائن عند أبى حنيفة ومحمد. وعند أبى يوسف: فرقة بائنة بغير طلاق.

فمحمد سوى بينهما[2] وجعلهما طلاقا بائنا[3]. وأبو يوسف جعلهما فسخا. وأبو حنيفة فرق بينهما فقال: ردة الزوج فسخ، وإباؤه الإسلام طلاق.

وأما بيان أحكام الطلاق البائن ـ فنقول:

< منها > ـ إن كان واحدا يزول به ملك النكاح[4]، وتبقى المرأة محلا للنكاح بطلاقين، حتى لا يحل له الاستمتاع بها، ولا يصح الظهار والإيلاء، ولا يجرى التوارث، ولا تحل إلا بتجديد النكاح، ولو وطئها لا يجب[5] الحد، لاختلاف الصحابة فى الكنايات: إنها بوائن أو رواجع، وأصحابنا أخذوا بقول من قال إنها بوائن. والشافعى أخذ بقول من قال إنها رواجع.

وإن كانت البيونة بالثلاث: يزول الملك، وحل المحلية، جميعا ـ حتى لا يحل له وطئها إلا بعد إصابة الزوج الثانى. وإن وجد عقد النكاح أو ملك

---

(١) كذا فى ب. وفى الأصل و ا و حـ: «فهى».
(٢) زاد فى ا و حـ هنا: «وإباؤه الإسلام».
(٣) «بائنا» ليست فى ا و ب و حـ.
(٤) فى حـ: «يزول ملك الزوج».
(٥) «لا يجب» ساقطة من حـ.

اليمين : فإن النكاح لا يصح لعدم حل[1] المحلية ، وبسبب ملك اليمين : يصح، ولا يفيد الحل .

ومنها ـ أن المبانة والمختلعة يلحقها صريح الطلاق ، مادامت فى العدة ، عندنا ، خلافاً للشافعى .

وأجمعوا أنه لا تلحقها الكنايات المزيلة للنكاح ـ والمسألة معروفة .

ومنها ـ أن الطلاق البائن هل يكره إذا خلا عن العدد[2] والعوض[3]؟ فيه روايتان : فى ظاهر الرواية : لا يكره . وفى رواية الزيادات : يكره.

وإذا اقترن به العدد[4] : يكره، بالإجماع[5] .

وإذا اقترن به[6] العوض ، وهو الخلع : لا يكره ـ على ما نذكر .

• • •

ثم وقوع الطلاق بما ذكرنا من الألفاظ يستوى فيه الجواب بين أن وجد[7] من الزوج ، أو من نائبه ، وهو الوكيل والرسول .

• • •

وكذلك إذا كتب ـ وهو[8] أنواع :

إن لم يكن[9] مستبين الحروف، كما إذا كتب على الماء والهواء: فهذا[10]

---

(١) « حل » من ب .
(٢) فى ا : « العدة » .
(٣) زاد فى الأصل هنا : « فيه » .
(٤) فى حـ : « قرن به العدة » .
(٥) « وإذا اقترن به ... بالإجماع » ليست فى ب .
(٦) « به » ليست فى ا . و فى حـ : « قرن به » .
(٧) فى ا و ب : « يوجد » . وفى حـ كذا : « يأخذ » .
(٨) كذا فى ا و ب و حـ . وفى الأصل : « وهى » . والمقصود الكتاب بمعنى الكتابة .
(٩) أى الكتاب ـ انظر الهامش السابق .
(١٠) الفاء من ا و ب و حـ .

ليس بشيء ، لأنه لا يسمى كتابة .

وإن كان مستبين الخط ، ولكن لا يكون على رسم الكتابة . بأن كانت (١) و (٢) على لوح أو حائط أو أرض : فهو (٣) فى حكم الكتابة .

< و > لأن الإنسان قد يكتب لتجربة (٤) الخط ولتجربة الحبر والقلم، فإن (٥) نوى الطلاق : يقع ، وإلا فلا .

فأما إذا كان (٦) على رسم الكتابة والرسالة، بأن يكتب (٧): «أما بعد – يا فلانة: إذا وصل إليك كتابي– فأنت طالق (٨)» : فإنه يقع الطلاق به ، ولا يصدق إذا قال « لم أرد به الطلاق » . لأن الكتاب من الغائب بمنزلة الخطاب من الحاضر .

ثم إذا كتب مطلقاً ، وقال « أنت طالق » ، على رسم الكتابة ، يقع الطلاق. كما (٩) كتب ،ولا يتوقف على الوصول إليها .

وإن علقه بشرط الوصول ، بأن قال« إذا وصل إليك (١٠) كتابي »:

---

(١) فى ا و ب و حـ : « كتب » .

(٢) زاد هنا فى ب :« فى كتاب أو » .

(٣) فى ا و حـ : « وهو » .

(٤) فى ب و ا : « لتجويد » .

(٥) الفاء من حـ .

(٦) كذا فى ا و ب و حـ . وفى الأصل: «كانت » .

(٧) « بأن يكتب » ليست فى حـ و ا . وفى ب :« بأن كتب » .

(٨) فى ب : « أما بعد – فلانة طالق . أو : إذا وصل إليك كتابي هذا فأنت طالق ». وفى حـ و ا كما فى ب مع تغيير يسير فى اللفظ دون المعنى .

(٩) « كما كتب» أى عقيب كتابته لفظ الطلاق بلا فصل (انظر: الكاساني ٣: ١٠٩) – وهذا التعبير متداول فى كلام الفقهاء .

(١٠) فى ب :« وصلك ».

فإنه لا يقع الطلاق[1]، مالم يصل الكتاب إليها. لأن المعلق بالشرط لا ينزل قبل وجوده[2].

• • •

هذا الذي ذكرنا حكم الصحيح فأما المريض إذا طلق، وهو صاحب الفراش[3]، طلاقاً رجعياً، أو بائناً، أو ثلاثاً، ثم مات من ذلك المرض، وهي[4] في العدة: فإنها ترث، عندنا - خلافاً للشافعي.

والقياس معه - لكنا استحسنا، بإجماع الصحابة.

ولو زال المرض، ثم نكس المريض، ومات، وهي في العدة: لم ترثه، لأنه تبين أنه ما طلق في مرض الموت[5].

---

(١) «الطلاق» من ب.

(٢) في ب: «وجود الشرط».

(٣) في ب: «فراش».

(٤) «وهي» ليست في ب.

(٥) زاد في ب وا: «والله تعالى أعلم».

باب

تفويض الطلاق

هنا فصول أربعة :

أحدها - أن يقول لامرأته : « أمرك بيدك » .

والثانى - أن يقول لها : « اختارى » .

والثالث - أن يقول : « أنت طالق إن شئت » .

والرابع - أن يقول : « طلقى نفسك » .

أما الأول

فهو [1] نوعان : إما أن يكون مطلقاً ، أو مؤقتاً .

أما إذا قال « أمرك بيدك » مطلقاً ، ولم يوقته [2] بوقت ، ويريد به الطلاق : فإنه يصير أمرها بيدها ، ويصير الطلاق مفوضاً إليها ، وتصير مالكة للتطليق ، مادامت [3] فى مجلسها ذلك ، وإن طال .

وهذا إذا كانت حاضرة،و [4] سمعت الأمر من الزوج ، وعلمت به .

فأما إذا كانت غائبة ، أو حاضرة و [5] لم تسمع : فلها الخيار فى مجلس

(١) فى ا و ب : « أما الأول - فنقول : هو » .

(٢) كذا فى ا و ب و حـ ، وفى الأصل : « يوقت » .

(٣) فى ا : « ما دام » .

(٤) الواو من ب .

(٥) «حاضرة و» من ب .وفى الأصل و ا :«غائبة أو لم تسمع».وفى حـ :«غائبةولم يسمع».

بلغ إليها الخبرفيه[١]،وعلمت بذلك . لأن هذا تمليك الطلاق ، والتمليك يقتصر جوابه على المجلس ، ويكون موقتاً به[٢] ، كما في قبول البيع .

وإذا صار الأمر في يدها : فإن اختارت نفسها في المجلس ، تقع واحدة بائنة، إذا أراد الزوج به[٣]طلاقاً واحداً أو اثنين[٤] . فإن أراد الزوج ثلاثاً ، فهي ثلاث[٥] ، لأن هذا اللفظ من الكنايات، فيحتمل الثلاث[٦] ،فلا بد من نية الطلاق ، على التفصيل الذي ذكرنا .

وكذلك إذا قالت[٧] : « طلقت نفسي » أو « أبنت »[٨] أو « أنا منك بائن » أو « طالق » أو قالت[٩] « أنت علىّ حرام » أو « أنت مني بائن » ، فإنه يكون جواباً ، لأن هذه الألفاظ للطلاق[١٠] .

فأما إذا وجد منها كلام ، أو فعل يدل على الإعراض عن اختيار النفس : فإنه يبطل خيارها[١١]، ويخرج الأمر من يدها ، وذلك نحو أن تقوم من مجلسها ذلك ، إذا سمعت بالخيار ، إن كانت قاعدة ، أو[١٢]

---

(١) « فيه » من ب . وفي ب : « يبلغها الخبر فيه » . وفي ا و ح : « بانه الخبر إليها ».

(٢)و(٣) « به » من ا و ب و ح .

(٤) في ب : « وكذلك إذا أراد اثنين » .

(٥) « فهي ثلاث » ليست في ح .

(٦) « فيحتمل الثلاث » من ب .

(٧) هكذا في ا و ح . وفي الأصل و ب : « قال » .

(٨) في ا و ح : « طلقت نفسي أو أبنت نفسي ». وفي ب : « طلقت أو أبنت نفسي » .

(٩) هكذا في ب . وفي الأصل و ا و ح : « قال » .

(١٠) في ا و ب : « ألفاظ الطلاق » .

(١١) في ح : « اختيارها » .

(١٢) هكذا في ا و ح . وفي الأصل : « وإن » .

كانت قائمة فركبت ، وإن كانت سائرة فإن أجابت [١] على الفور أو وقفت للتأمل فى ذلك – وإلا فيبطل خيارها ، لأن ذلك دليل الإعراض . وكذلك إذا اشتغلت بافتتاح الصلاة، أو بالأكل والشرب، حتى يكون ذلك مجلس الأكل والشرب [٢] . فأما إذا أكلت شيئاً يسيراً ، أو شربت شربة – فلا يعتبر .

فإن قالت «ادعوا [٣] لى أبواى حتى أستشيرهما»، أو «ادعوا [٤] لى شهوداً أشهدهم عليه [٥]» – لم [٦] يبطل خيارها، لأنها تحتاج إلى ذلك، فلا يكون دليل الإعراض .

ثم إذا اختارت نفسها مرة [٧]: ليس لها أن تختار ثانياً . ويبطل الخيار ، لأنه فوض إليها الخيار مرة واحدة .

وكذلك لو قال لها [٨]: «أمرك بيدك إن شئت» .

فأما إذا قال «أمرك بيدك كلما شئت» ، فيكون الأمر فى يدها ، فى ذلك المجلس ، وغيره ، حتى تبين بثلاث ، لأن كلمة [٩] «كلما» تقتضى

---

(١) فى ب : « فأجابت فإن أجابت » – وفى غير هذا الخلاف السارة هكذا فى الأصل وغيره والمعنى ظاهر .

(٢) « والشرب » ليست فى ا و ب و حـ .

(٣) و (٤) فى ب : « ادع » .

(٥) فى حـ : « على » .

(٦) « لم » ليست فى حـ .

(٧) « مرة » ليست فى حـ .

(٨) « لها » من ب .

(٩) « كلمة » من ب .

التكرار ، لكنها لاتطلق نفسها فى المجلس إلا مرة واحدة[١] ، كأنه[٢] قال لها فى كل مجلس « أمرك بيدك » . فما لم يتجدد المجلس لايتجدد الخيار .

وكذلك إذا قال لها «أمرك بيدك إذا[٣] شئت» أو « متى شئت[٤] » أو « ما شئت » أو « متى ما[٥] شئت » — فلها الخيار فى المجلس ، وغيره ، كأنه قال لها[٦] « اختارى[٧] فى أى وقت شئت » ، إلا أنه يكون لها الخيار مرة ، لأن هذه الألفاظ لاتوجب التكرار .

فأما إذا كان الأمر باليد موقتاً ، بأن قال « أمرك بيدك يوماً ، أو شهراً ، أو سنة ، أو هذا اليوم ، أو هذا الشهر ، أو هذه السنة » : فلها الأمر فى جميع ذلك[٨] الوقت ، و[٩] إعراضها عن الجواب فى ذلك المجلس ، وغيره ، واشتغالها بغير الجواب من الأعمال والأقوال ، لا يبطل خيارها ، مابقى شىء من ذلك الوقت[١٠] ، لأنه فوض الطلاق إليها فى جميع ذلك الوقت ، غير أنه إذا كان الوقت منكرا ، كقوله « يوماً أو[١١] شهراً » ، فلها

(١) « واحدة » ليست فى ا و ب و ح .
(٢) فى ا : « لأنه كأنه » . وفى ب : « لأنه يصير كأنه » .
(٣) فى ا و ب : « لئن » .
(٤) « أمرك بيدك فما لم يتجدد ... أو متى شئت » ليست فى ب .
(٥) « ما » ليست فى ا .
(٦) « لها » من ا .
(٧) فى ح : « اختارى اختارى » .
(٨) «ذلك» ليست فى ا و ب و ح .
(٩) فى ح : « أو » .
(١٠) «الوقت» ليست فى ا و ح .
(١١) فى ا و ح : « و » .

الخيار من ساعته[١] التي[٢] تكلم ، إلى أن يتم الوقت ويكون الشهر بالأيام .

فأما إذا عين[٣] فقال « هذا اليوم » أو « هذا الشهر » أو « هذه السنة »: فلها الخيار في بقية اليوم والشهر والسنة[٤]. ولو لم[٥] تعلم[٦] بالوقت حتى مضى ، يبطل خيارها ، ولا يتوقف ثبوت الخيار على الوقت الذي علمت به[٧]، لأنه أثبت الخيار في زمان مقدر، فينتهي بانتهاء الوقت، إذ لو بقي ، لزاد على مقدار الوقت . وفي الأمر باليد مطلقاً يتوقف[٨] على مجلس العلم ، فيشترط[٩] علمها بذلك . لأنه ما قيده[١٠] بالوقت .

ولو اختارت زوجها في أول الشهر ، أو في أول السنة ، ثم أرادت أن تختار نفسها بعد ذلك : فلها ذلك في قول أبي حنيفة ومحمد ، لأنه جعل إليها الخيار في جميع[١١] المدة. واختيارها[١٢] للزوج في اليوم إبطال للخيار

---

(١) في ا : « فلها من ساعته » وفي حـ : « فله من ساعته » .
(٢) هكذا في ا و ب و حـ . وفي الأصل :« الذي » .
(٣) في ا و ب و حـ :« عرف » .
(٤) « والشهر والسنة » من ب .
(٥) « لم » ساقطة من ا .
(٦) هكذا في ا . وفي الأصل و ب و حـ : « يعلم » .
(٧) في حـ : « فيه » .
(٨) هكذا في ا و ب و حـ . وفي الأصل :« لايتوقف » .
(٩) هكذا في ب . وفي الأصل و ا و حـ : « ويشترط » .
(١٠) هكذا في ا و ب و حـ . وفي الأصل :« لأنها ما قيد » .
(١١) « جميع » ليست في حـ .
(١٢) في ا و ب و حـ :« فاختيارها » .

فيه ، فلا يوجب بطلان الخيار في يوم آخر ، في ذلك الوقت . كما إذا أعرضت عن الجواب في يوم إذا[1] اشتغلت بأمور كثيرة ، فيبطل خيارها في ذلك اليوم ، لا في باقي المدة - كذا هذا .

وقال أبو يوسف : يخرج الأمر من يدها ، في الشهر كله . لأن هذا تمليك واحد في الشهر ، فيبطل برد واحد ، كتمليك البيع[2] .

وكذلك الخلاف في قوله : « أمرك بيدك كلما شئت » و[3] « إذا شئت » و[4] « متى شئت » .

وقالوا أيضاً : إن الخلاف على عكس هذا .

• • •

وأما الفصل الثاني - إذا[5] قال لها : « اختاري » - فنقول :

الجواب في هذا وفي قوله « أمرك بيدك » سواء في جميع الأحكام إلا في موضعين :

أحدهما - أن الزوج إذا أراد به الثلاث لا يقع . وفي قوله[6] « أمرك بيدك » يقع ؛ لأن ذلك من كنايات الطلاق ، وأما قوله « اختاري » < ف > ليس من ألفاظ الطلاق ، وإنما هو تفويض الطلاق بلفظ لا يقتضي التكرار .

---

(١) في ا و ب و حـ : « أو » .

(٢) في حـ : « المبيع » .

(٣) و (٤) في ب و ا : « أو » .

(٥) في ب : « وهو ما إذا » .

(٦) « قوله » من ا و ب و حـ .

والثانى ـ أنه لا بد من ذكر النفس ، ههنا ، فى أحد الكلامين ، بأن يقول الزوج: «اختارى نفسك» أو قالت[١] «اخترت نفسى» إذا[٢] قال الزوج «اختارى» لاغير . وأما إذا قال «اختارى» فقالت «اخترت» لايكون شيئاً . وكذلك إذا قرن[٣] بالخيار ما يوجب الاختصاص باختيار الطلاق ، فهو كاف ، بأن قال «اختارى الطلاق» أو «اختارى اختيارة»[٤] .

ثم المرأة إذا قالت «اخترت نفسى» أو «طلقت نفسى» يكون جواباً .

ولو قالت «اخترت أمى أو أبى أو أهلى أو الأزواج» : < ف > القياس أن لا يقع به شىء ، وفى الاستحسان: يقع ، لأن المرأة عند الطلاق تلحق بهؤلاء ، فصار اختيارها لذلك دلالة اختيار[٥] الطلاق ، كأنها قالت «اخترت الطلاق» .

• • •

---

(١) التاء من ا و ب و ﻫ .

(٢) فى ا و ب : «أو» .

(٣) فى ب : «اقترن» .

(٤) فى ﻫ : «أو اختارى اختيارى» . وفى ب : «اختارى اختارى» . فأما فى ا : «فهو كاف بأن قال : اختيارى» . ففى ا جملة ساقطة . وفى الكاسانى (٣ : ١١٨) : «والثانى أن فى «اختارى» لا بد من ذكر النفس فى أحد الكلامين ، إما فى تفويض الزوج ، وإما فى جواب المرأة بأن يقول لها «اختارى نفسك» وتقول «اخترت» أو يقول لها «اختارى» فتقول «اخترت نفسى» ، أو ذكر الطلاق فى كلام الزوج أو فى كلام المرأة بأن يقول لها «اختارى» فتقول «اخترت الطلاق» ، أو ذكر ما يدل على الطلاق وهو تكرار التخيير من الزوج بأن يقول لها «اختارى اختارى» ، فتقول «اخترت» . أو ذكر الاختيارة فى كلام الزوج أو فى كلام المرأة ، بأن يقول لها الزوج «اختارى اختيارة» ، فتقول المرأة «اخترت اختيارة» ... الخ» .

(٥) «اختيار» ليست فى ا و ب .

والفصل الثالث ـ اذا قال: « أنت طالق ان شئت »:

فالجواب فيه مثل الجواب فى « أمرك بيدك » فى جميع الأحكام : إن كان مطلقا: فعلى المجلس . وإن كان موقتا: فثابت[١] فى جميع الوقت كما ذكرنا فى الخيار[٢][٣]. إلا أن هنا يقع الطلاق الرجعى ، وثمّ يقع بائنا[٤]، إلا إذا قال لها[٥] « أمرك بيدك فى تطليقة » أو « اختارى تطليقة » واختارت نفسها ، يقع رجعياً لأنه فوض إليها الرجعى .

وكذلك إذا قال : « أنت طالق إن أردت ، أو رضيت ، أو هويت ، أو أحببت » فإذا قالت « شئت » أو « أردت[٦] » ، فى المجلس ، يقع الطلاق، وإن كان لا[٧] يعرف مشيئتها حقيقة، لأن الحكم متعلق بالإخبار عن المشيئة والإرادة، ولهذا إذا قال لها: « إن[٨] كنت تحبينى أو تبغضينى فأنت طالق» فقالت « أحبك[١٠] » وفى قلبها بخلافه ، يقع ، ويعتبر الخبر ، لا حقيقة المحبة .

وكذلك إذا قال لها « إن كنت تحبين أن يعذبك الله بالنار ، أو تكرهين دخول الجنة ـ فأنت طالق » فقالت « إنى أحب العذاب

(١) كذا فى حـ وفى ا على ما يظهر . وفى الأصل :« وقت » .

(٢) « فى جميع الأحكام ... فى الخيار » ليست فى ب .

(٣) زاد فى ب : « وقوله : اختارى» والعبارة فيها : « أمرك بيدك وقوله : اختارى »

(٤) فى ا و ب و حـ : « يقع طلاق رجعى وهناك يقع طلاق بائن » .

(٥) « لها » من ب .

(٦) فى ب : « أحببت » .

(٧) « لا » ليست فى ا .

(٨) فى ب :« ولهذا قال : إذا قال :إن»، وفى حـ : « ولهذا قال : إن »

(٩) فى حـ : « أنا أحبك » .

بالنار[١] وأكره الجنة » وقع الطلاق ، لوجود الخبر .

ولو قال « إن كنت تحبينى بقلبك فأنت طالق » فقالت « أحبك » ، وفى قلبها بخلافه ـ يقع الطلاق عند أبى حنيفة وأبى يوسف ، لما ذكرنا . وعند محمد : لا يقع . لأنه علقه بحقيقة فعل القلب ، ولم يوجد[٢] .

• • •

وأما الفصل الرابع ـ اذا قال : « طلقى نفسك » :

فالجواب فيه مثل الأول ، لأن هذا تمليك الطلاق منها ، بخلاف ما إذا قال لأجنبية « طلقى[٣] امرأتى » حيث لا يقتصر على المجلس ، وفى قوله : « طلقى نفسك » يقتصر على المجلس[٤] ، لأن ذلك توكيل ، وفى حق المرأة تمليك إلا أن الفرق أن فى قوله : « طلقى نفسك[٥] » إذا أراد الزوج الثلاث يقع ثلاث[٦] وفى قوله: «أنت طالق إن شئت» فقالت :« شئت» : إذا أراد[٧] الثلاث ، لا يقع.

ولو قال « اختارى » .فقالت « طلقت » : يقع.

ولو قال « طلقى نفسك » ، فقالت « اخترت » ، لا يقع ـ لأن قولها « اخترت » ليس من ألفاظ الطلاق ، ألا ترى أنها لو قالت « اخترت

---

(١) « بالنار » من ا و ب و حـ .

(٢) « ولم يوجد » من ب .

(٣) فى ب و حـ : « لأجنبي : طلق » .

(٤) « على المجلس » من ا .

(٥) « نفسك » ليست فى حـ و ا .

(٦) « ثلاث » من ب .

(٧) فى ب : « وأراده » .

نفسي » ، فبلغ الزوج ، وأجاز [١] – لا يقع به شيء . ولو قالت [٢] : « طلقت [٣] نفسي » ، فأجاز الزوج يقع ، وإنما صار جواباً لقوله : « اختاري » و « أمرك بيدك » بالنص ، والإجماع ، بخلاف القياس ، فاقتصر عليه .

• • •

ثم [٤] في هذه الفصول إذا أراد الزوج أن يعزلها ، ويخرج الأمر من يدها ، ويرجع عن ذلك ، لا يصح . وكذلك لو نهاها عن ذلك ، لأن هذا تفويض الطلاق ، وتمليك له ، والطلاق لا يحتمل الفسخ ، فإيجابه كذلك .

• • •

وكذلك إذا قال « طلقي نفسك » أو [٥] « طلقي نفسك إن شئت » ، فقالت « شئت » – لا يقع شيء [٦] .

ولو قال « أنت طالق إن شئت » فقالت « شئت [٧] » ، يقع ، لأن ثمة أمرها بالتطليق ، ولم [٨] يوقع ، وهنا [٩] علق الطلاق بمشيئتها [١٠] ، وقد أتت بالشرط [١١] .

---

(١) في ا و ب و حـ : « فأجاز » .
(٢) في حـ : « قال » .
(٣) في ب : « اخترت » .
(٤) « ثم » من ا و ب و حـ .
(٥) « طلقي نفسك أو » من ا و ب و حـ .
(٦) « شيء » ليست في حـ .
(٧) « فقالت : شئت » ليست ب .
(٨) في ب و حـ : « فلم » .
(٩) في ب و حـ : « وههنا » .
(١٠) في ب و حـ : « لمشيئتها » .
(١١) زاد في ب : « والله أعلم » .

باب

الاستثناء وغيره

فى الباب[1] فصول مختلفة :

الأول — فصل الاستثناء

إذا قال لامرأته « أنت طالق إن شاء الله » : <ف> إن كان موصولا : لا يقع الطلاق، وإن كان مفصولا : يقع[2] — سواء قدم الاستثناء على لفظ[3] الطلاق أو أخر ، لأن قوله « إن شاء الله » تعليق الطلاق[4] بمشيئة الله ، وإنها لا تعرف .

ثم الاستثناء المفصول أن يفصل[5] المتكلم بين الاستثناء وما قبله، بسكوت ، أو بكلام آخر[6] .

فإذا[7] انقطع الكلام بالتنفس[8]: فلا عبرة به ، لأنه لا[9] يمكن الاحتراز عنه.

---

(١) فى ح : « قال رحمه الله : فى هذا الباب » .

(٢) فى ب : « لا يقع » .

(٣) فى ح : « لفظة » .

(٤) « الطلاق » من ا و ب و ح .

(٥) فى ا و ب : « ثم الاستثناء الموصول أن لا يقطع » . وفى ح : « ثم الاستثناء الموصل أن لايقع التكلم » .

(٦) « آخر » من ا و ب و ح .

(٧) فى ا و ب و ح : « فأما إذا ».

(٨) فى ح : «بالنفس» .

(٩) « لا » ليست فى ح .

ولو حرك لسانه بالاستثناء و[1] أتى بحروفه على الوجه، لكنه لم[2] يسمع، يكون استثناء، لأن هذا كلام، وليس الشرط[3] هو السماع: ألا ترى أن الأصم يصح استثناؤه، وإن لم يسمع هو[4].

ولو قدم الاستثناء. فقال «**إن شاء الله فأنت**[5] **طالق**»[6]: يصح استثناؤه[7]، بالإجماع.

فأما إذا قال «**إن شاء الله أنت طالق**»: يصح على قول أبي حنيفة وأبي يوسف، وعند محمد: لا يصح ـ هو يقول: هذا استثناء منقطع[8]. وهما يقولان: إن الفاء ههنا مضمر[9]، بدلالة الاستثناء.

ولو قال «**أنت طالق إن شاء فلان**»: فهو معلق بمشيئته: فإن شاء في مجلس العلم: يقع.

وإن علق[10] بمشيئة من لا تعلم مشيئته من العباد، مثل الملائكة والجن والشياطين: فإنه يصح الاستثناء، حتى لا يقع الطلاق ـ كما إذا قال:

---

(١) في حـ: «أو».
(٢) في حـ: «لا».
(٣) زاد هنا في حـ: «له».
(٤) «هو» ليست في حـ.
(٥) في حـ: «أنت».
(٦) زاد هنا في حـ: «أو قال: وأنت طالق». وزاد في ب و ا: «أو قال: أنت طالق».
(٧) «استثناؤه» ليست في ا و ب و حـ.
(٨) في ا و ب و حـ: «... وأبي يوسف. وقال محمد: هذا استثناء منقطع».
(٩) كذا في ا و ب و حـ. وفي الأصل: «مضمن».
(١٠) كذا في ا و ب و حـ. وفي الأصل: «تعلق».

« أنت طالق إن شاء الله »[1]، لأنه لا يعلم[2].

ولو قال « أنت طالق ثلاثا إلا واحدة أو اثنتين »[3]: يصح الاستثناء، لأن هذا استثناء البعض من[4] الجملة، فيكون تكلما بالباقي.

ولو قال « أنت طالق ثلاثا إلا ثلاثا »: يقع الثلاث، ويبطل الاستثناء، لأنه استثنى الكل[5].

ولو قال « أنت طالق عشرة[6] إلا تسعا »: تقع واحدة. وإن قال[7] « إلا ثمانية »: تقع ثنتان. وإن قال[8] « إلا سبعا »: يقع ثلاثا، وكذا لو نقص عن السبع، يكون ثلاثا. لأنه تكلم بالباقي[9]، كأنه قال « أنت طالق واحدة » فتقع واحدة[10]. أو قال « أنت طالق ستا » فيقع ثلاثا.

. . .

والفصل الآخر[11]

إذا قال[12] « أنت طالق نصف تطليقة أو ربع تطليقة »: تقع واحدة،

---

(١) « حتى لا يقع ... الله » من ا و حـ.

(٢) العبارة في ب: « فإنه يصح الاستثناء لأنه لا يعلم، فكان كالاستثناء بمشيئة الله تعالى ».

(٣) كذا في ب و ا. وفي الأصل و حـ: « اثنين ».

(٤) كذا في ا و ب و حـ. وفي الأصل: « عن ».

(٥) « ولو قال أنت طالق ثلاثا إلا ثلاثا ... الكل » ليست في حـ.

(٦) في ا و حـ: « عشرا ».

(٧) و (٨) « إن قال » من ا. ففي الأصل و ب و حـ: « تقع واحدة، و: إلا ثمانية: يقع ثنتان، و: إلا سبعا ».

(٩) « بالباقي » ليست في ا.

(١٠) « واحدة » ليست في ب.

(١١) « الآخر » من ا و ب و حـ.

(١٢) « إذا قال » من حـ.

لأن الطلاق لا يتجزأ ، فيتكامل .

ولو قال « أنت طالق نصفا و[١] ربع تطليقة » يقع ثنتان .

ولو قال « نصف[٢] تطليقة وربعها » : يقع واحدة ، لأنه أضاف إلى الأول[٣] .

ولو قال « نصفك طالق » أو « ربعك طالق »: يصح. لأن الإضافة إلى الجزء الشائع[٤] ، كالإضافة إلى الكل .

والحاصل أنه إذا أضاف الطلاق إلى جزء شائع أو إلى جزء جامع : يقع، بأن[٥] كان ذلك الجزء يعبر به عن جميع البدن، في الاستعمال ، نحو أن يقول «رأسك طالق» أو «فرجك»[٦] أو «رقبتك» أو «وجهك» . فأما إذا أضاف الطلاق[٧] إلى جزء لا يعبر به عن جميع البدن [٨] بأن قال «يدك، أو رجلك، أو ظهرك، أو بطنك ـ طالق» :فإنه لا يقع عندنا. وعند الشافعي: يقع ـ والمسألة معروفة .

. . .

---

(١) في ا و ب : « نصف وربع » وفي حـ : « نصف ربع » . انظر ما سبق .

(٢) « نصف » من ا و ب و حـ .

(٣) في ا : « الأولى » .

(٤) في ا و حـ : « والشائع » .

(٥) في حـ : « ولأن » .

(٦) في ا و حـ : « أو فرجك طالق » .

(٧) « الطلاق » من ب .

(٨) في ا و ب : « عن البدن عينا » .

والفصل الآخر[1]

طلاق المكره صحيح عندنا ـ خلافا للشافعي[2] .

وكذلك **طلاق السكران** : واقع ، سواء سكر بالخمر أو بالنبيذ .

وعلى أحد قولي الشافعي: لا يقع ـ وهو[3] اختيار الطحاوي[4] .

وأجمعوا أنه[5] إذا شرب البنج[6] أو الدواء[7] . فسكر وزال عقله، فطلق : لا يقع .

والصحيح قولنا ، لأنه زال العقل بسبب هو معصية، لتلذذه بذلك ، فيجعل قائما، عقوبة عليه، بخلاف شرب الدواء ـ ولهذا قالوا: إن المكره على شرب الخمر[8] ، أو المضطر، إذا شرب ، فسكر : فإن طلاقه لا يقع ، لأن هذا

---

(١) « الآخر » من ا و ب و ح .

(٢) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « وعنده : لا » .

(٣) في ح : « وهذا »

(٤) قال الطحاوي في مختصره في كتاب الطلاق (ص ١٩١) : « وطلاق المكره لازم له كطلاق من سواه ممن ليس بمكره . وطلاق من لم يبلغ الحلم باطل . وطلاق المجنون كذلك وطلاق السكران جائز عليه » ونقل الناشر عن شرحه في كتاب المرتد (الهامش ١ ص ٢٦٠) أنه روى عن أبي يوسف أن طلاق السكران « واقع إلا على قول عثمان رضي الله عنه فإن طلاقه لا يقع كالمجنون . وذكر الطحاوي قول نفسه مع عثمان » وقال الطحاوي في كتاب الأشربة من مختصره (ص ٢٨٠ ـ ٢٨١) : « وطلاق السكران وعتاقه وأفعاله كلها وأقواله كأفعال الصحيح إلا الردة ... [قال أبو جعفر : السكران عندي في أحكامه كالمجنون ، وبه نأخذ] » قيل : وما اختاره الطحاوي قول الإمام زفر ومحمد بن سلمة وهو مختار الكرخي (راجع مختصر الطحاوي في المواضع المشار إليها فيما تقدم) .

(٥) « أنه » من ا و ب و ح .

(٦) في المغرب: « البنج تعريب بنك، وهو نبت له حب يسكر، وقيل يسبت (أي يقطع) ورقه وقشره وبزره » وفي القانون : هو سم يخالط العقل ويبطل الذكر ، ويحدث جنونا وخناقا ، وإنما قال الكرخي « ولو شرب البنج » لأنه يمزج بالماء ، أو على اصطلاح الأطباء » .

(٧) في ب : « أو الدواء الذي يسكر » . وفي ا : « والدواء » .

(٨) « الخمر » ليست في ح .

ليس بمعصية. وبعض المشايخ قالوا : يقع ، لأنه حصل بسبب له فيه لذة .

وعن محمد أن من شرب النبيذ ، فلم يزل عقله ، فصدع ، وزال عقله بسبب الصداع ، فطلق امرأته — قال[١]: لا يقع .

وعلى هذا — طلاق الهازل ، وطلاق الخاطىء : واقع . وهو أن يريد الرجل غير الطلاق . فسبق على[٢] لسانه الطلاق والعتاق .

وذكر الكرخي أن في العتاق : عن أبي حنيفة روايتان[٣] .

• • •

فصل آخر[٤]

لا خلاف أن تنجيز الطلاق لا يصح إلا في الملك .

فأما التعليق في الملك : فصحيح ، بالإجماع ، بأن قال لامرأته « إن دخلت الدار فأنت طالق » .

وأما التعليق بالملك[٥] . بأن قال لأجنبية[٦] : « إن تزوجتك فأنت طالق »: فإنه[٧] يصح عندنا ، وعند الشافعي: لا يصح. وكذلك إذا قال: « كل امرأة أتزوجها فهي طالق » .

وقال مالك : إن عم : لا يجوز ، وإن خص : جاز .

---

(١) « قال » ليست في ا و ح .

(٢) « على » ليست في ح .

(٣) زاد في ا و ب هنا : « والله أعلم » .

(٤) « آخر » ليست في ا و ح .

(٥) في ا و ب و ح : « فأما التعليق في غير الملك » .

(٦) « لأجنبية » من ب و ا .

(٧) « فإنه » من ا و ح .

والصحيح قولنا. لأن تعليق الطلاق[١] ليس بطلاق للحال[٢]، وإنما هو إيقاع الطلاق عند وجود الشرط . وملك النكاح قائم، فى ذلك الوقت، فيصح.

ثم إذا علق الطلاق فى النكاح، ثم وجد الشرط: <ف>ان كانت منكوحة، يقع الطلاق، وتنحل اليمين . وإن كانت مبانة، وهى فى العدة، عند الشرط[٣] ـ يقع الطلاق أيضا عندنا . لأن المبانة والمختلعة يلحقها صريح[٤] الطلاق.عندنا. وإذا انقضت عدتها[٥].فوجد الشرط: تنحل اليمين، لا إلى الجزاء[٦].

ولو علق ثلاث تطليقات فى الملك، ثم طلقها ثلاثا:يبطل التعليق، عند أصحابنا الثلاثة . وعند زفر:لا يبطل ـحتى لو تزوجت بزوج آخر، وعادت إليه، بعد إصابة الزوج الثانى[٧] وطلاقه، ثم وجد الشرط: لا يقع[٨] شىء. عندنا ـ خلافا له .

ولو طلقها واحدةأو اثنتين. فتزوجت بزوج آخر،فوطئها و[٩]عادت إليه.فوجد الشرط: فإنه يقع ثلاث تطليقات عند أبى حنيفة وأبى يوسف.

---

(١) فى ب : « لأن التعليق بالطلاق » .
(٢) « للحال » ليست فى ا و ب و حـ .
(٣) «عند الشرط »ليست فى حـ . و «يقع الطلاق وتنحل اليمين... عند الشرط» ليست فى ا .
(٤) « صريح » ليست فى ا و ب و حـ .
(٥) فى حـ : « ولو نقضت العدة » .
(٦) فى ب : « جزاء » .
(٧) « الثانى » من ا و ب و حـ .
(٨) «يقع » من ا و ب و حـ .
(٩) فى ب : « أو » .

وعند محمد: يقع، بقدر مابقى من الطلاق المملوك بالنكاح الأول. ولقب المسألة أن إصابة الزوج الثانى هل تهدم الطلقة و[1] الطلقتين أم لا ؟ والمسألة معروفة .

. . .

فصل آخر

إذا قال لامرأته « أنت على حرام » أو قال : « حرمتك على نفسى » أو « أنت محرمة على »: يرجع الى نيته :

<ف> إن أراد به الطلاق: يقع بائنا ، على ما ذكرنا .

وإن نوى التحريم ولم ينو الطلاق، أو[2] لم يكن له نية: فهو يمين، ويصير موليا.

وإن قال: أردت به الكذب: فليس بيمين[3]، فيما بينه وبين الله تعالى، ويصدق فى[4] ذلك ، لأن الخبر محتمل ، ولكن لا يصدق فى إبطال اليمين[5] ، فى القضاء، لأن هذا اللفظ صريح ، فى اليمين ، شرعا .

ولو نوى بالحرام[6] الظهار : فهو ظهار عند أبى حنيفة وأبى يوسف. وعند محمد : هو إيلاء ، وليس بظهار .

وأما إذا قال ذلك فى غير المرأة، من الطعام والشراب وكلام فلان: فإنه يكون يمينا عندنا ، خلافا للشافعى ـ ولقب المسألة أن تحريم الحلال

---

(١) فى ب : « أو » .
(٢) فى حـ : « و » .
(٣) فى ا و ب و حـ : « فليس بشيء » .
(٤) فى حـ : « على » .
(٥) « اليمين » ليست فى حـ .
(٦) فى حـ : « بالتحريم » .

يمين أم لا؟ فإذا فعل شيئا مما حرمه، قليلا كان أو كثيرا، يحنث فى يمينه.

. . .

فأما إذ قال « كل حل على حرام » أو قال « حل[١] الله على حرام » ولا نية له : فإنه يقع على الطعام والشراب خاصة ، لأن هذا لا يمكن العمل بعمومه ، لأنه لا يراد به فى العرف التنفس[٢] وفتح العينين والتحرك ، فيقع على الحلال المعتاد، وهو الأكل والشرب . فإن نوى مع ذلك اللباس أو امرأته، يقع على الأكل والشرب واللباس والمرأة[٣]، فأى شىء فعل من ذلك وحده: يحنث فى يمينه . ويلزمه الكفارة ، لأن الطعام والشراب دخلا بحكم العادة، واللباس[٤] والمرأة بنيته، واللفظ صالح له، فيصح.

فإن نوى بقوله « كل حل[٥] على حرام» شيئا بعينه، دون غيره : فإن[٦] نوى به الطعام خاصة ، أو الشراب خاصة، أو اللباس[٧] خاصة، أو امرأته خاصة[٨]، فهو على ما نوى، فيما بينه وبين الله تعالى، وفى القضاء[٩] ،لأن هذا يقع على أخص[١٠] الخصوص، لتعذر العمل بعمومه. فإذا عين ذلك :

(١) فى حـ : « حلال » .
(٢) فى حـ :« النفس » . وفى ا :« والتنفس» . و فى ب : « لا يراد به العموم فى العرف وهو التنفس » .
(٣) فى حـ : «فإن نوى مع ذلك الناس والمرأة: فيقع على الأكل والشرب والناس والمرأة».
(٤) فى حـ كذا : « والناس » .
(٥) فى حـ : « حلال » .
(٦) « فإن » ليست فى ا • وفى حـ :«غيره مثل أن » .
(٧) فى حـ كذا : « الناس » .
(٨) « أو اللباس خاصة أو امرأته خاصة » من ا و ب و حـ .
(٩) « فيما بينه وبين الله تعالى وفى القضاء » ليست فى ا و ب. وفيهما بدلا عنها :« فى قوله كل حل على حرام » .
(١٠) « أخص » ليست فى حـ .

صح ، إذ التخصيص ترك العمل بالعموم ، وهذا متروك .

ثم فى الموضع الذى يدخل امرأته والطعام والشراب فى قوله « كل حل على حرام » ونوى[١] الطلاق فى امرأته ، فإنه لا يحنث ، لأنه لا يمكن العمل بعمومه[٢] ، لأن هذا كلام واحد لا يتناول اليمين والطلاق جميعا[٣] .

. . .

ولو قال « أنت على كالميتة والدم » أو « كلحم الخنزير » أو « كالخمر » :

<ف> إن[٤] أراد به الكذب : صدق . لأنه ليس بصريح فى اليمين ، بخلاف قوله « أنت على حرام » .

وإن أراد به التحريم : فهو إيلاء .

وإن نوى الطلاق : فهو كقوله « أنت على حرام[٥] » ، لأنه شبهها بالمحرم ، فكأنه قال « أنت على حرام » . وبمثله لو قال « أنت على كمال فلان » ونوى به الطلاق : لا يصح ، لأن عين المال ليس بحرام .

---

(١) العبارة فى حـ : « ثم فى المواضع الذى تدخل امرأته والطعام والشراب يصدق فيما بينه وبين الله تعالى وفى القضاء ولو نوى .. » ، وفى ب : « ... والشراب فى قوله « كل حل على حرام » فيما بينه وبين الله تعالى وفى القضاء ونوى » . وفى ا : « ... والشراب ويصدق فيما بينه وبين الله تعالى وفى القضاء ينوى الطلاق » . وظاهر أنه زيدت فى هذه النسخ عبارة « يصدق فيما بينه وبين الله تعالى وفى القضاء » .

(٢) « لأنه ... بعمومه » من ب .

(٣) زاد هنا فى ب : « بأكل الطعام والشراب » .

(٤) « إن » من ا و ب و حـ . وفى الأصل : « إذا » .

(٥) « وإن أراد به التحريم ... أنت على حرام » ليست فى حـ .

باب

الخلع

الخلع [1] طلاق عندنا .

وقال الشافعى : هو فسخ ، فى أحد القولين .

ولهذا قلنا[2] : إن من قال لامرأته « خالعتك » ، ولم يذكر العوض ، ونوى الطلاق : كان طلاقا بائنا . ولو نوى الثلاث : صح ، لأنه من كنايات الطلاق ، إلا أنه فى عرف الشرع ، عند الناس[3] ، صار عبارة عن الطلاق بعوض ، فيصير حقيقة عرفية ، حتى ينصرف إليه مطلق[4] الكلام ، حتى إن الرجل إذا قال لغيره « اخلع امرأتى » فخلعها ، بغير عوض : لا يصح ، ويكون موقوفا على إجازة الزوج : فإن أجاز : يكون طلاقا بائنا .

وقالوا : لو قال لامرأته « اخلعى نفسك » فقالت « خلعت نفسى بألف درهم » وقف على إجازة الزوج .

ولهذا قالوا[5] : إن من قال لامرأته[6] « خالعتك على ألف درهم[7] » ،

---

(١) فى حـ : « قال رحمه الله : الخلع » .

(٢) فى ا و ب و حـ : « ولهذا قال أصحابنا » .

(٣) « عند الناس » من ا و ب و حـ .

(٤) فى حـ : « بمطلق » .

(٥) « قالوا » من ا و ب و حـ .

(٦) « لامرأته » من ا و ب و حـ .

(٧) « درهم » من ب و ا . وفى حـ : « خالعتك على ألف » .

فقبلت ، وقال الزوج « لم أنو به الطلاق » : لم يصدق ، لأنه إنما يكون كناية عند خلوه عن المال ، فلا بد من النية ، فأما إذا كان على مال ، فلا حاجة إلى النية[١] .

ثم الخلع على المال يفتقر إلى الإيجاب والقبول ، حتى تقع به الفرقة، ويستحق به[٢] الزوج العوض عليها — إلا أنه، في جانب الزوج ، في معنى اليمين ، وفي جانبها: في معنى المعاوضة — حتى إن الزوج إذا قال « خالعتك على ألف درهم »: لم[٣] يصح رجوعه عن ذلك، ولم يبطل بقيامه عن المجلس ، قبل قبولها ، ولم يقف[٤] على حضرتها المجلس[٥] ، بل يجوز وإن كانت غائبة، فإذا بلغها الخبر : فلها القبول ، في مجلسها .

ويجوز أن يعلق ذلك بشرط أو بوقت[٦]، فيقول « إذا جاء غد فقد خالعتك على ألف درهم[٧]» و « إذا قدم زيد فقد خالعتك على ألف درهم[٨] » ، والقبول إليها بعد مجيء الوقت[٩] ، وقدوم زيد ، فإن قبلت، قبل ذلك : لم يجز .

---

(١) في ب : « لم أنو به الطلاق: لا يصدق ، لأن ذكر العوض دلالة الطلاق — حتى إذا قال خالعتك ولم يذكر المال ، فقال « لم أنو به الطلاق » ، يصدق ، لأنه كناية عن الطلاق عند خلوه من المال فلا بد من النية » . وفي ا و حـ مثل ما في ب مع خلاف لفظي يسير .

(٢) « به » من حـ .

(٣) « لم » من ا و ب و حـ . وفي الأصل : «لا» .

(٤) في ب : « ولم يتوقف » .

(٥) في ا و ب و حـ : « حضورها في المجلس » .

(٦) كذا في ا و ب و حـ . وفي الأصل : « وقت » .

(٧) « درهم » من ا .

(٨) « درهم » من حـ .

(٩) في ا و ب : « الغد » .

فأما إذا ابتدأت المرأة، فقالت «خالعت[١] نفسي منك بألف درهم» فهو بمنزلة البيع في جانبها، حتى يصح منها الرجوع عنه[٢]. قبل قبول الزوج، ويبطل بقيامها عن المجلس، وبقيامه أيضا، ولا يقف على غائب، ولا يجوز تعليقه بشرط، ولا بوقت، كالبيع سواء.

وعلى هذا الأصل: قال أبو حنيفة: إذا خالعها وشرطت لنفسها[٣] الخيار: جاز، خلافا لهما.

• • •

وإذا ثبت تفسير الخلع شرعا - فنقول:

لا يخلو: إما أن يخالعها على مثل العوض الذي أخذت، أو أقل، أو أكثر، والنشوز والكراهة من قبل الزوج أو من قبل المرأة - فنقول:

إن كان النشوز من جهة الزوج، فلا يحل له أن يأخذ شيئا منها، بل له أن يطلقها، بلا عوض. لقوله تعالى: «وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم إحداهن قنطارا فلا تأخذوا منه شيئا (الآية)[٤]».

وإن كان النشوز من جهتها، يجوز له[٥] أن يأخذ منها جميع

---

(١) في ا و ب و حـ: «خلعت».

(٢) في حـ: «فيه».

(٣) في ا و ب: «فشرطت لنفسها». وفي حـ: «وشرط لنفسه».

(٤) النساء: ٢٠-٢١: «وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم إحداهن قنطارا فلا تأخذوا منه شيئا، أتأخذونه بهتانا وإثما مبينا. وكيف تأخذونه وقد أفضى بعضكم إلى بعض وأخذن منكم ميثاقا غليظا».

(٥) «له» من ا و ب و حـ.

ما استحقت[١] عليه، بالعقد، ولا تحل له[٢] الزيادة، على ذلك، في ظاهر الرواية. وفي رواية: يحل له[٣] أخذ الزيادة - وهذا في حق الديانة والتنزه[٤]. فأما في الحكم: < ف > إذا تخالعا[٥] على الزيادة من المهر، فإنه يلزم وتؤمر بالأداء إليه.

ثم الخلع جائز بكل بدل يصلح مهرا، ويلزم المرأة أداؤه إلى الزوج.

وما ذكرنا في المهر، أن الزوج فيه بالخيار: بين أن يعطى عينه أو قيمته، ففي الخلع: المرأة بالخيار[٦]. كما في العبد الوسط ونحوه.

وكل ما لا يجوز أن يكون مهرا، لحرمته[٧]، كالخمر والخنزير والميتة والدم والحر[٨]: لا يجوز أن يكون بدلا في الخلع. لكن إذا قبل الزوج ذلك في الخلع: تقع الفرقة بينهما، ولا[٩] شيء على المرأة من الخلع[١٠]، ولا يجب عليها أن ترد من مهرها شيئا. لأن هذه الأشياء لا تصلح عوضا، في حق المسلمين، والزوج رضي بما لا قيمة له، والبضع، في حال الخروج عن ملكه، لا قيمة له، حتى تجب القيمة، فلا يرجع عليها بشيء[١١]،

(١) في ا و ب: « ما استحقته ».

(٢) و (٣) « له » من ح.

(٤) في ح: « في حق الزيادة والكثرة ».

(٥) في ب: « خالعها ».

(٦) « بين أن يعطى ... بالخيار » ليست في ح. وراجع فيما تقدم ص ٢٠٥ - ٢٠٦

(٧) « لحرمته » من ا و ب و ح.

(٨) « والحر » من ا و ب، وراجع فيما تقدم ص ٢٠١ وما بعدها وخصوصا ص ٢٠٣.

(٩) في ب: « فلا ».

(١٠) في ا و ح: « الجعل ».

(١١) في ح: « فلا يجب عليها شيء ».

بخلاف النكاح : فإن ثمة يجب مهر المثل ، لأن البضع متقوم فى حال الدخول فى ملك الزوج .

. . .

ثم الطلاق على المال ، والخلع ، فى الأحكام ـ سواء ، إلا فى فصل واحد ، وهو أن الخلع متى وقع على عوض ، لا قيمة له : لايجب العوض ، ولا قيمة البضع ، ويكون[1] الطلاق بائنا . لأن الخلع من كنايات الطلاق . وأما الطلاق بعوض : لا قيمة له : إذا بطل العوض ، فالطلاق[2] يكون رجعيا ، لأن صريح الطلاق يكون رجعيا[3] . وإنما ثبتت البينونة لأجل العوض . فإذا بطل العوض[4] ، بقى مجرد صريح الطلاق ، فيكون رجعيا .

. . .

ولو خالعها على حكمها ، أو حكمه ، أو حكم أجنبي ـ فنقول :

إن الخلع على الحكم ، خلع[5] بتسمية فاسدة ، لما فيه من الجهالة الفاحشة ، والخطر ، فيجب الرجوع إلى مهرها المستحق بالعقد .

ثم إن كان الخلع على حكم الزوج : فإن حكم بمقدار المهر أو أقل : أجبرت على التسليم إلى الزوج ، لأنه حكم بالمستحق . أو حط بعضه ،

---

(١) فى حـ : « لكون » . وفى ا : «ولا قيمة العوض يكون» .

(٢) فى حـ : « والطلاق » .

(٣) « لأن ... رجعيا » من ا و ب و حـ .

(٤) « العوض » من حـ .

(٥) « خلع » من ا و ب . وفى حـ : « على الحكم جعل تسمية فاسدة » .

وهو يملك حط بعضه، لكونه حقا له . وإن حكم بأكثر من المهر: لم يلزمها الزيادة ، لأنه أوجب لنفسه أكثر من المستحق بالعقد ، فلا يصح إلا برضاها[١] .

وأما إذا كان الحكم إليها : فإن حكمت بمهر المثل أو أكثر : جاز ، وأجبر الزوج على القبول ، لأنها قضت بالمستحق[٢] ، أو زادت عليه ، وهي تملك[٣] إيفاء الزيادة[٤] . وإن حكمت بأقل من المهر : لم يجز ، إلا برضا الزوج ، لأنها حطت بعض ما عليها حقا للزوج ، وهي لا تملك حط حق[٥] الغير .

فأما إذا كان الحكم إلى أجنبي : فإن حكم بمهر المثل : جاز . وإن حكم بزيادة أو نقصان : لم تجز الزيادة إلا برضا المرأة ، ولا يجوز[٦] النقصان إلا برضا الزوج ، لأن الأجنبي لا يملك إسقاط حق واحد منهما[٧] .

---

(١) في حـ : « فلا يستحق إلا برضاه » .
(٢) في ب : « لأنها اقتصرت على المستحق » .
(٣) في ب : « وهو يملك » .
(٤) في حـ : « قضت بالمستحق وزادت هي يملك إيفاء الزيادة عليه أيضا » .
(٥) « حق » ليست في ب .
(٦) « لا يجوز » من ا .
(٧) زاد في ا و ب : « والله تعالى أعلم » .

باب

الإيلاء

يحتاج[1] فى الباب إلى :

تفسير الإيلاء لغة وشرعا ،

وإلى بيان حكم البر فى الإيلاء ،

وإلى بيان الفيء ، وحكم الحنث .

أما الأول [2]

فالإيلاء فى اللغة : اليمين .

وفى الشرع [3] عبارة عن اليمين على ترك الوطء فى الزوجة[4] ، مدة مخصوصة ، بحيث لا يمكنه[5] الوطء إلا بحنث يلزمه بسبب اليمين[6] .

وقد كان الإيلاء طلاقا فى الجاهلية[7] ، فجعله[8] الشرع طلاقا معلقا ، بترك وطء الزوجة[9] ، مدة مخصوصة[10] ، كأن الزوج قال لامرأته الحرة :

---

(١) فى الأصل : « قال : يحتاج » . وفى حـ : « قال رحمه الله : يحتاج » .

(٢) « أما الأول » من ا و حـ . وفى ب : « أما الإيلاء » .

(٣) زاد هنا فى ا و ب و حـ : « صار » .

(٤) فى ب : « ترك الوطء من الزوج مدة ... الخ » .

(٥) الهاء من ا و حـ . انظر الهامش التالي

(٦) « بحيث لا يمكنه الوطء ... اليمين » ليست فى ب . انظر الهامش ١٠ .

(٧) فى حـ : « فى الجاهلات » .

(٨) كذا فى حـ و ب . وفى الأصل و ا : « فجعلها » .

(٩) فى ا و ب و حـ : « الزوج » .

(١٠) زاد هنا فى ب : « بحيث لا يمكنه الوطء إلا بحنث يلزمه بسبب اليمين » . راجع الهامش ٦ .

« إن لم[1] أقربك أربعة أشهر فأنت طالق بائن » ولامرأته الأمة : « إن لم[2] أقربك شهرين فأنت طالق بائن[3] » .

وركن[4] الإيلاء شرعا ـ هو اللفظ الدال على ترك الوطء . في عرف الشرع ، مؤكدا[5] باليمين ، وهو قوله « والله لا أقربك » أو « لا أطأك » أو لفظة[6] المباضعة والمناكحة والإتيان والإصابة ونحوها .

فإن كان < اللفظ > مستعملا في الوطء . فلا يحتاج إلى النية[7] .
ولو أتى بلفظ محتمل ، يحتاج فيه إلى نية الزوج[8] < ترك > الوطء بذلك .

فأما المدة ـ فهي أربعة أشهر في حق الحرة ، وشهران في حق الأمة ـ عندنا .

وعند الشافعي : المدة في حقهما سواء ، وهي[9] زيادة على أربعة أشهر .

والصحيح قولنا ، لقوله تعالى : « للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر »[10] ، فلا[11] تجوز الزيادة على المدة المنصوصة[12] .

وأما تفسير اليمين ـ < ف > هي[13] اليمين بالله ، وبصفاته[14] ، على ما نذكر

---

(١) و (٢) « لم » ليست في ا .
(٣) « بائن » ليست في حـ . وسيأتي بعد قليل بيان المدة في حق الحرة والأمة .
(٤) في ا و ب و حـ : « فركن » .　　(٥) في حـ : « مؤكد » .
(٦) في حـ : « بلفظ » .　　(٧) « فإن كان ... النية » من ب .
(٨) زاد هنا في ا : « مؤكدا باليمين » . وفي حـ : « موكد باليمين » .
(٩) كذا في حـ . وفي الأصل و ا و ب : « وهو » .
(١٠) البقرة : ٢٢٦ ـ ٢٢٧ : « للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر فإن فاءوا فإن الله غفور رحيم . وإن عزموا الطلاق فإن الله سميع عليم » .
(١١) في ا و ب و حـ : « ولا » .
(١٢) كذا في ا و ب و حـ . وفي الأصل : « المخصوصة » .
(١٣) في ا و ب : « وهي » .　　(١٤) في ا و ب و حـ : « وصفاته » .

فى كتاب الأيمان، أو[١] اليمين بالشرط والجزاء، وذلك نوعان: مايكون به موليا، وما لا يكون به موليا.

أما الذى يكون به موليا: <فـ> أن يقول: «إن[٢] قربتك فعبدى حر، أو امرأتى طالق[٣]، أوهى على[٤] كظهر أمى، أو على صدقة، أوحج البيت، أو صيام سنة»، ونحو ذلك - لأنه لا يتوصل إلى الوطء، فى هذه المدة، إلا بشىء[٥] يلزمه بحكم اليمين، كما يلزمه الكفارة بسبب اليمين بالله.

ولو قال «إن قربتك فعلى أن أصلى ركعتين أو على أن أغزو» لم يكن موليا عند أبى حنيفة وأبى يوسف، ويكون موليا عند محمد وزفر.

ولو قال الرجل لامرأته «أنا منك مولى»: فإن عنى به الخبر، كذبا، فليس بمولى، فيما بينه وبين الله، لأن لفظه لفظة[٦] الخبر، ولا[٧] يصدق فى القضاء، لأنه خلاف الظاهر، لأن هذا إيجاب فى الشرع. وإن عنى به الإيجاب: فهو مولى فى القضاء و[٨] فيما بينه وبين الله، لأنه أوجب الإيلاء بهذا اللفظ.

ولو قال لامرأته «أنت على مثل امرأة فلان»، وقد كان فلان آلى من امرأته: فإن نوى به[٩] الإيلاء: كان موليا، لأنه شبهها بهافى باب

---

(١) فى ب و حـ: «و».

(٢) «أن» ليست فى حـ.

(٣) فى ا و ب و حـ: «أو ثلاثة طالق».

(٤) «على» من ب.

(٥) فى ا و ب و حـ: «بمعنى».

(٦) فى ا و ب و حـ: «لفظ».

(٧) فى ب و حـ: «فلا».

(٨) «و» ليست فى ا و ب و حـ.

(٩) «به» ليست فى ا و ب و حـ.

اليمين، والتشبيه يقتضي المساواة فيما شبه به . وإن لم ينو اليمين ولا التحريم: لا يكون موليا ، لأنه قصد التشبيه من وجه .

. . .

وأما بيان حكم البر

<ف> هو وقوع الطلاق البائن بسبب[١]. الإصرار[٢] على موجب هذا اليمين ، وهو الامتناع عن الوطء أربعة أشهر ، بحيث لا يتوصل إليه إلا بحنث يلزمه ، فيكون مؤكدا له في الامتناع[٣] ، خوفا[٤] عن لزوم الحنث . وفي الوطء حق المرأة ، فصار الزوج ظالما لمنع[٥] حقها المستحق ، فالشرع[٦] جعل الامتناع عن إيفاء حقها المستحق لها[٧] ، في هذه المدة ، سببا للبينونة ، تخليصا[٨] لها من حبالته ، لتتوصل[٩] إلى حقها ، من جهة غيره ، وهذا معنى قوله تعالى : «وإن عزموا الطلاق فإن الله سميع عليم»[١٠] فسماه عزيمة الطلاق[١١] ، وهو فعل الزوج ، فيصير الزوج ، بالإصرار على موجب هذا اليمين ، معلقا طلاقا بائنا ، بترك الوطء أربعة أشهر بعد اليمين ،

(١) «البائن» ليست في حـ ، وفيها : «الطلاق وسبب» .
(٢) في ب : «الإقدام» .
(٣) في حـ : «في حال الامتناع» .
(٤) «خوفا» ليست في حـ .
(٥) في ا و ب و حـ : «بمنع» .
(٦) في حـ : «بالشرع» .
(٧) «لها» من ا و ب و حـ .
(٨) كذا في ا و ب و حـ . وفي الأصل : «تخلصا» .
(٩) في ب : «فتتوصل» وفي حـ : «وتصل» .
(١٠) البقرة : ٢٢٧ . وقد تقدمت في الهامش ١٠ ص ٣٠٦ .
(١١) في ا و ب و حـ : «كالطلاق» .

أبدا . كأنه قال « أنت طالق بائن عند مضى كل أربعة أشهر ، لا أقربك فيها » أو[١] « إن لم أقربك كل أربعة أشهر ، ما بقى اليمين ، فأنت طالق بائن » .

إذا ثبت هذا ، فإذا مضت أربعة أشهر من وقت اليمين ولم يفئها[٢]: تقع تطليقة بائنة - عندنا .

وعند الشافعي: يخير الزوج بين أن يطأها وبين أن يطلقها، فإن لم يفعل: يفرق القاضى بينهما.

فإذا وقعت تطليقة بائنة بمضى أربعة أشهر ثم مضت أربعة أشهر[٣] أخرى ، وهى فى العدة: لم يقع الطلاق، لأنها[٤] بائنة ، فلا تستحق[٥] الوطء على الزوج ، فلا يكون الامتناع عن الوطء فى هذه الحالة ظلما ، وبهذا الوصف صار الإصرار على موجب البر، وهو ترك الوطء، سببا للفرقة، فإن تزوجها بعد مضى الأربعة الأشهر ، ثم مضت أربعة أشهر منذ تزوج، ولم يقربها[٦]: بانت بأخرى[٧].

---

(١) الهمزة من ا و ب .

(٢) فى ا و ح : «ولم يقربها ». وفى ب لا توجد : «ما بقى اليمين فأنت طالق بائن . . . يفئها ».

(٣) « ثم مضت أربعة أشهر » ليست فى ح .

(٤) « لأنها » ساقطة من ح .

(٥) فى ا و ب وح : « مبانة لا تستحق » .

(٦) « ولم يقربها » من ب .

(٧) كذا فى ا و ب و ح . وفى الأصل : « أخرى » .

وكذلك إذا تزوجها[١] ثالثة ، لأن بالتزويج عاد حقها فى الوطء ، و[٢]اليمين باقية ، لأنها تنحل بالحنث، وهو الوطء . أما زوال[٣] الملك <فـ>لا[٤] يبطل اليمين،فيكون ترك الفيء ظلما . فيكون سببا للفرقة، فإن تزوجها بعد وقوع ثلاث تطليقات . فمضت أربعة أشهر لم يطأها ، لم يقع عليها شيء،عندنا ، خلافا لزفر[٥] ، لأنه زال حل المحلية فيبطل اليمين[٦] .

ولو آلى منها ثم أبانها، فمضت أربعة أشهر لم يطأها[٧]،وهى فى العدة، وقعت أخرى بالإيلاء ، لأن ابتداء الإيلاء قد انعقد موجبا للطلاق ، لوجوده فى الملك، فإذا أبانها ، فالبينونة تلحقها[٨] بعقد سابق ، وإن كان لا[٩] يلحقها ابتداء، عندنا ، خلافا لزفر : فإن من قال لامرأته «إن دخلت الدار فأنت طالق بائن» ، ثم أبانها ، ثم دخلت الدار[١٠]، وهى فى العدة، فإنه يقع بائنا[١١]،لما قلنا .

. . .

(١) « تزوجها » ليست فى حـ .
(٢) فى ب و حـ : « لكون ».
(٣) فى ب : « أما اذا زال » . وفى ا : « فإذا زال » .
(٤) « لا » ليست فى ا .
(٥) « لزفر » ليست فى ا .
(٦) فى حـ : « زال حل محلية اليمين » .
(٧) « لم يطأها » من ا و حـ .
(٨) « تلحقها » ليست فى ا .
(٩) « لا » ليست فى حـ .
(١٠) « الدار » ليست فى ب .
(١١) فى ب و حـ : « ثانيا » .

وأما تفسير الفيء ، وحكم الحنث - فنقول :

الفيء هو الوطء . في مدة الإيلاء ، مع القدرة - عندنا .

وعند الشافعي : الوطء[١] بعد المدة[٢] .

والصحيح قولنا . لأن الله تعالى قال : « للذين يُؤْلون من نسائهم تربص أربعة أشهر فإن فاءوا (الآية) »[٣] و[٤] في قراءة عبد الله بن مسعود « فإن فاءوا فيهن » . وإنما سمى الوطء فيئا لأن الفيء في اللغة هو الرجوع : يقال « فاء الظل » إذا رجع ، والمولى قصد بالإيلاء منع حقها في الوطء ، فيكون الوطء رجوعاً عما قصده ، فسمى فيئا .

ثم الفيء على ضربين :

أحدهما هو الأصل ، وهو الفيء بالوطء ، مع القدرة .

والآخر ، بدل عن الأول[٥] ، وهو الفيء بالقول ، عند العجز عن الوطء .

ففي حق القادر لا يكون فيئا[٦] إلا بالوطء ، لأنه هو الأصل ،

---

(١) « الوطء » من ا و ب و حـ .

(٢) كذا في ا و ب و حـ . وفي الأصل : « القدرة » .

(٣) البقرة : ٢٢٦ وهي بتمامها : « للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر فإن فاءوا فإن الله غفور رحيم » . وقد تقدمت في الهامش ١٠ ص ٣٠٦

(٤) « و » من ب و ا

(٥) في حـ : « عن الأصل » .

(٦) زاد في ب هنا : « في الإيلاء » .

وفى الحقيقة هو الرجوع[(١)] ، لأن به يندفع الظلم[(٢)] ، ويصل الحق إلى المستحق ، فما لم يوف حقها لا يسقط حكم الإيلاء[(٣)] ، وفى حق العاجز صار الفيء بالقول قائماً مقام الوطء ، وهو أن يقول المرأة « إنى فئت إليك » أو « راجعتك » أو « أبطلت الإيلاء » ويحسن إليها بالقول بدلاً عن الإحسان بالفعل[(٤)] ، فيكون رجوعاً ، عما عزم عليه[(٥)] ، بالقول .

ثم العجز نوعان :

أحدهما[(٦)] — من طريق المشاهدة: كالمرض الذى لا يمكن معه الجماع[(٧)] ، من الجانبين[(٨)] ، أو تكون المرأة صغيرة ، أو يكون بينهما مسافة لا يقدر على قطعها فى مدة الإيلاء ، أو تكون المرأة ناشزة محتجبة[(٩)] عنه فى مكان لا يعرفه ، أو تكون محبوسة لا يمكنه أن يدخل عليها[(١٠)] ويمنع عن ذلك ، ونحو ذلك .

---

(١) فى ا و ب و حـ : « لأنه هو الأصل وهو حقيقة الرجوع » .

(٢) « الظلم » ساقطة من حـ .

(٣) فى حـ : « فما لم يرد حقها لا يثبت حكم حق الإيلاء » .

(٤) فى ا و ب و حـ : « ويحسن إليها بالقول عند العجز عن الإحسان بالفعل » .

(٥) كذا فى ا و ب و حـ . وفى الأصل : « إليه » .

(٦) « أحدهما » من ب .

(٧) فى ا و ب و حـ : « الذى لا يقدر معه على الجماع » ولكن « على » ليست فى ا .

(٨) فى حـ : « من جانبها » .

(٩) فى حـ : « غائبة » .

(١٠) فى ب و ا : « أو يكون محبوسا لا يمكنها أن تدخل عليه » . وفى حـ كذا : « ويكون محبوسة لا يمكنها أن يدخل عليه » .

ـ وأما العجز من طريق الحكم: < ف > مثل أن يكون محرما أو صائماً فى رمضان .

لكن العجز المعتبر ،فى حق نقل الفىء من الوطء إلى القول، هو العجز الحسى، دون الحكمى ـ عندنا .

وعند زفر: هو معتبر أيضاً ، وقاس على الخلوة : أن ثم يعتبر المانع الحسى والحكمى جميعا[١] .

ولكنا نقول: هو قادر على الوطء، حقيقة ، فيصير ظالماً بمنع الحق ، وحق العباد لا يسقط لأجل حق الله فى الجملة[٢] .

فإذا أتى بالفىء ، من حيث القول، سقط حكم الإيلاء، إلى وقت القدرة.

ثم من شرط صحة الفىء ، بالقول ، عند العجز عن الوطء، حساً ومشاهدة ، شيئان :

أحدهما ـ أن يكون العجز مستداما[٣] ،من وقت الإيلاء إلى تمام المدة، وهو[٤] أربعة أشهر ، حتى إنه إذا قدر على الوطء قبل تمام المدة ، بطل الفىء بالقول ، وانتقل إلى الفىء بالجماع[٥] ، حتى لو ترك الوطء إلى تمام المدة ، فإنها تبين. وأما إذا تمت[٦] المدة ثم قدر ، فإن الفىء بالقول صحيح،

(١) « جميعا » من ا و ب و حـ .
(٢) « فى الجملة » ليست فى حـ .
(٣) كذا فى ا . وفى حـ : « مستندا » . وفى ب : « مستندا ما » . وفى الأصل : « مستندا اما » .
(٤) « وهو » من ب .
(٥) كذا فى حـ . وفى ا و ب : « وانتقل إلى الجماع » . وفى الأصل : « وانتقل الفىء إلى الجماع » .
(٦) كذا فى ا و ب و حـ . وفى الأصل : « تم » .

فى حق المدة الماضية ، وهذا لما ذكرنا أنه بدل، والقدرة على الأصل قبل حصول المقصود بالبدل تبطل حكمه . وبعد حصول المقصود لا يبطل ، كالمصلى بالتيمم : إذا رأى الماء فى وسط الصلاة تبطل صلاته ، ولو كان رأى بعد الفراغ لا تبطل الصلاة المؤداة - كذا هذا .

والشرط الثانى - أن يوجد الفيء ، بالقول، فى حال يحل له الوطء بأن كانت زوجة له .

فأما إذا أبانها ثم فاء إليها باللسان : فإنه لا يصح ، لأنه بدل. فيصح فى حال يصح الأصل .

ولهذا قالوا: إن من آلى[1]، وهو صحيح، مقدار ما يمكن الجماع فيه، ثم مرض : ففيئه بالجماع ، لأنه هو الذى فرط فى إيفاء حقها ، فلا يعذر ، بخلاف المريض إذا آلى من امرأته .

ولو آلى[2] ، وهو مريض ، فلم يفيء ، بالقول ، حتى مضت المدة ، فبانت[3] ، ثم صح، ثم تزوجها، وهو مريض ، ففاء إليها بلسانه : فإنه يصح عند أبى يوسف ، وعند محمد: لا يصح . وما قاله أبو يوسف أصح ، لأن الإيلاء حصل ، وهو مريض ، وعاد حكمه ، وهو مريض ، وفى زمان الصحة بين المدتين[4] هى بائنة ، لا تستحق الوطء ، فلا يعود حكم الإيلاء .

وأما حكم الحنث فى اليمين بالله تعالى :

< ف > هو[5] الكفارة. و[6] فى اليمين بالشرط والجزاء: يلزمه ما هو

---

(١) زاد هنا فى ب : « من امرأته » . (٢) « ولو آلى » ساقطة من حـ .

(٣) الفاء من ا و ب و حـ . (٤) فى ب : « وهو مريض فى زمان الصحة بين المرضين » .

(٥) فى ا و حـ : « هى » . وفى ب : « فهى » . (٦) « و » ليست فى ب .

جزاؤه، من الطلاق والعتاق والظهار ونحوها .

• • •

هذا الذي ذكرنا في حق المسلم. وأما الذمي إذا آلى من امرأته : < ف > إن حلف بطلاق أو عتاق[١] ، يكون موليا ، بالاتفاق .

وإذا حلف بما هو قربة ، كالصدقة والصيام ، فليس بمول بالاتفاق .

فأما إذا حلف باسم من أسماء الله أو[٢] بصفاته : فهو مول عند أبي حنيفة . وعند أبي يوسف ومحمد[٣] : لا يكون موليا .

وإذا صح إيلاء الذمي: فهو في أحكامه كالمسلم ، إلا أنه إذا وطىء في اليمين بالله لا يلزمه الكفارة ، لأنها عبادة ، وهو ليس من أهلها .

• • •

فأما إذا آلى أو ظاهر ، ثم رجع عن الإسلام ، ولحق بدار الحرب ، ثم رجع مسلماً ، وتزوجها - فهو مول ، ومظاهر ، عند أبي حنيفة في[٤] رواية محمد ، وقال أبو يوسف[٥] : يسقط[٦] الظهار والإيلاء - وهذا يعرف[٧] في الخلافيات. واختلفت رواية أبي يوسف عن أبي حنيفة[٨] .

---

(١) في حـ : « بالطلاق والعتاق » .

(٢) « أو » من ا و ب و حـ . وفي الأصل : « و » .

(٣) « ومحمد » ليست في حـ .

(٤) في حـ : « وفي » .

(٥) في ب : « وقال أبو يوسف ومحمد » . وفي الكاساني (٣ : ١٧٥ : ٢٠ - ٢١) كما في المتن .

(٦) في ا و ب : « بطل عنه » . وفي حـ : « لا يصح منها » .

(٧) في ا و ب : « وهذه تعرف » .

(٨) زاد في ب و ا : « والله أعلم » .

باب

الظهار

يحتاج [1] فى هذا الباب إلى :

بيان ركن الظهار شرعا ،

وإلى بيان شرائطه ،

وإلى بيان حكمه ،

وإلى تفسير [2] الكفارة .

أما ركن الظهار شرعا — < فنقول > :

أن يقول الرجل لزوجته « أنت على كظهر أمى » ، فيقع به الظهار ، نوى أو لم ينو ، لأنه صريح فى بابه .

وكذا إذا نوى به تحريم الطلاق ، أو تحريم اليمين : لا يصح [3] ، لما قلنا إنه صريح فى الظهار — فإذا نوى غيره : لا يصح . ولو قال أردت به الخبر عن الماضى ، كاذبا ، لا يصدق فى القضاء ، ويصدق فيما بينه وبين الله [4] .

وكذا إذا أضاف الظهار إلى جزء شائع ، أو جامع ، من امرأته .

---

(١) فى حـ : « قال رحمه الله : يحتاج » . وفى الأصل : « قال : يحتاج » .

(٢) فى حـ : « وإلى بيان أحكامه . وإلى بيان تفسير » .

(٣) « لا يصح » من ب .

(٤) زاد هنا فى ب : « وكذا إذا قال لها « أنا منك مظاهر » أو « ظاهرتك » كما إذا قال فى الطلاق « طلقتك » أو « أنت مطلقة أو طالق » لأن قوله « أنت على كظهر أمى » : إن كان خبرا صيغة لكنه جعل إنشاء وفى الشرع كقوله : أنت طالق » .

ولو أضاف إلى جزء معين، غير جامع، ولا شائع[١]: لا يجوز، كالطلاق.

ولو[٢] شبه امرأته بعضو من أمه[٣] غير الظهر: فإن كان لا يجوز النظر إليه: فهو ظهار، نحو البطن[٤] والفخذ والفرج.

ولو شبه امرأته بذوات المحارم غير الأم: إن كانت الحرمة على التأبيد بنسب أو رضاع أو مصاهرة: فإنه يكون ظهارا[٥].

ولو شبه امرأته بامرأة محرمة عليه في الحال، وهي ممن تحل له في حالة أخرى، مثل أخت امرأته. ومثل امرأة لها زوج، أو مجوسية، أو مرتدة: لم يكن مظاهرا، لأن النص ورد في الأم، وهي محرمة على التأبيد.

. . .

وأما شرائط صحة الظهار - < فنقول > :

<منها> أن يكون المظاهر، مسلما، عندنا.

وعند الشافعي: ليس بشرط.

والصحيح قولنا[٦]، لأن حكمه هو الحرمة المؤقتة[٧] بالكفارة، وهي عبادة، والكافر ليس من أهلها - وهي مسألة معروفة.

ومنها - أن تكون المرأة محللة، بالنكاح، لا بملك اليمين، حتى لو

---

(١) «ولا شائع» من ب.
(٢) في ا و حـ: «أو»
(٣) «من أمه» من ا و ب و حـ.
(٤) أضاف هنا في حـ: «والظهر» أيضا
(٥) «ولو شبه امرأته بذوات المحارم ... ظهارا» من ب و ا. وهي في حـ مع خلاف يسير إذ فيها: «ولو شبه امرأته بذوات المحارم: إن كانت محرمة على التأبيد ...»
(٦) «والصحيح قولنا» من ب. (٧) في حـ كذا: «المولية».

ظاهر من أمته أو[1] مدبرته أو[2] أم ولده: لايصح ، لأنه حكم[3] ثبت، بخلاف القياس، بالنص، وقد ورد في حق الزوجة، بقوله تعالى : « والذين يظاهرون من نسائهم (الآية) »[4]. فلا يقاس عليها غيرها[5]

ولو ظاهر من[6] المختلعة والمبانة ، لايصح ، وإن كان يلحقها صريح الطلاق، لأنها ليست بمحللة بالنكاح . وإن بقي النكاح من وجه .

• • •

وأما حكمه

فهو تحريم الاستمتاع بها ، من الوطء ، ودواعيه ، موقتا ، إلى وجود التكفير ، مع بقاء ملك النكاح[7] ،لما روى عن النبي عليه السلام أنه قال للظاهر الذي واقع امرأته : « استغفر الله ، ولا تعد حتى[8] تكفر»

ويجب على المرأة أن تمنع الزوج عن الاستمتاع بها ، حتى يكفر .

وللمرأة أن تطالب الزوج بالوطء عند الحاكم . وعلى الحاكم أن يجبره،

---

(١) و (٢) الهمزة من ا و ب و حـ . (٣) في حـ : « لأن حكمه » .

(٤) المجادلة: ٣ . وفيما يلي الآيات ٢و٣و٤ من المجادلة :« الذين يظاهرون منكم من نسائهم ماهن أمهاتهم إن أمهاتهم إلا اللائي ولدنهم وإنهم ليقولون منكرا من القول وزورا وإن الله لعفو غفور . والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا ذلكم توعظون به والله بما تعملون خبير . فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتماسا فمن لم يستطع فإطعام ستين مسكينا ـ ذلك لتؤمنوا بالله ورسوله،وتلك حدود الله وللكافرين عذاب أليم » .

(٥) كذا في ا و ب و حـ . وفي الأصل: « عليه غيره ».

(٦) كذا في ب و ا . وفي الأصل و حـ: « في » .

(٧) « مع بقاء ملك النكاح » ليست في ب . وفي ا : « مع بقاء النكاح » .

(٨) « حتى » ليست في حـ .

حتى يكفر، ويطأ ، لأنه أضر بها فى الامتناع عن الوطء ، مع قيام الملك، وفى وسعه ازالته بالتكفير .

ثم هذه الحرمة لاتزول بسبب من أسباب الإباحة ، مالم توجد الكفارة ، لا بالنكاح ، ولا بملك اليمين ، ولا بإصابة الزوج الثانى ـ حتى إن المظاهر[١] إذا طلقها طلاقا بائنا ، وانقضت عدتها ، ثم تزوجها، لايحل له وطؤها مالم يكفر[٢] .

وكذلك لو كانت الزوجة أمة الغير ، فظاهر منها ، ثم اشتراها حتى بطل النكاح : لم يحل له أن يطأها بملك اليمين ، حتى يكفر .

وكذلك لو كانت حرة ، فارتدت عن الإسلام ، ولحقت بدار الحرب ، فسبيت ، واشتراها .

وكذلك لو طلقها ثلاثا . وتزوجت بزوج آخر ، ثم عادت إليه بالنكاح : لاتحل له ، حتى يكفر ، وإن صح النكاح .

ولو كفر بعد ما أبانها أو طلقها ثلاثا : صح التكفير ـ حتى لو تزوجها حل له وطؤها ، لأن صحة التكفير لاتعتمد قيام الملك .

وإن كان الظهار موقتا إلى وقت ، بأن قال : « أنت[٣] على كظهر أمى يوما أو شهرا أو سنة » ثم مضى الوقت : سقط الظهار عندنا ، خلافا

---

(١) فى حـ : « الزوج الثانى لأن المظاهر » .

(٢) فى ا و ب و حـ : « وطؤها حتى يكفر » .

(٣) « أنت » من ا و ب و حـ .

للشافعي[1]، لأن الشرع جعل التكفير مزيلا للظهار المؤبد أو المطلق، حتى تنتهي الحرمة، والموقت ينتهي بمضي الوقت.

ولو قال «أنت على كأمي» فإنه يرجع إلى نيته عند أبي حنيفة: إن أراد الإكرام: لا يكون ظهارا، وإن أراد الطلاق أو الظهار: فهو كما نوى[2]، وإن أراد التحريم: فهو إيلاء. وقال محمد: هو ظهار. وقال أبو يوسف: هو إيلاء.

ولو قال «أنت على حرام كأمي»: حمل على نيته. فإن لم يكن له نية، كان ظهارا، لأن حرف التشبيه يختص بالظهار.

• • •

وأما بيان الكفارة ـ فنقول:

الكفارة لا تجب إلا عند وجود الظهار، والعود ـ قال الله تعالى: «والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا، فتحرير رقبة، من قبل أن يتماسا[3]».

وفيه كلام: أن سبب الوجوب كلاهما أو أحدهما أو غيرهما.

والعود عندنا هو العزم على وطئها بعد الظهار.

وقال الشافعي: العود أن يسكت المظاهر عن طلاقها[4] عقيب[5] الظهار.

---

(١) كذا في ا و ب و حـ. وفي الأصل: «له».

(٢) في حـ: «كما قال».

(٣) المجادلة: ٤. وقد قدمنا نص هذه الآية في الهامش ٤ ص ٣١٨. واكتفى في الأصل بقوله تعالى: «والذين يظاهرون من نسائهم» والباقي في ا و ب و حـ.

(٤) في ب: «عن وطئها».

(٥) في حـ: «بعد».

وقال أصحاب الظواهر : العود أن يكرر[1] لفظ الظهار .

والصحيح قولنا ، لأنه بالظهار حرم وطأها على نفسه ، فمتى عزم على وطئها ، فقد قصد الرجوع عن الأول ، والعود هو الرجوع ، فيسمى[2] عودا .

ثم الكفارة تجب على الترتيب : الإعتاق عند القدرة ، ثم صيام شهرين متتابعين عند العجز عن الإعتاق ، ثم إطعام ستين مسكينا عند العجز عن الصوم .

عرف ذلك بالنص ، وهو قوله : « والذين يظاهرون من نسائهم (الآية) »[3] .

وإنما يكفر قبل الوطء ، لقوله تعالى : « من قبل أن يتماسا » فإن وطئ قبل أن يكفر فقد باشر وطئا حراما ، فعليه أن يستغفر الله تعالى[4] ولا يطأ[5] حتى يكفر .

ولو أعتق بعض رقبة[6] عن كفارته ، ثم وطئ ، ثم أعتق ما بقي منها ، لم يجزه ، وعليه أن يستقبل إعتاق رقبة عند أبي حنيفة ، لأن الإعتاق <عنده> مما يتجزأ[7] ، فيكون معتقا بعضه بعد الوطء وبعضه قبل الوطء ، والله

(١) في ا و حـ كذا : « يكون » .
(٢) في ا : « فسمى » . وفي ب و حـ : « يسمى » .
(٣) المجادلة ٤ — ٥ وقد تقدمتا في الهامش ٤ ص ٣١٨ .
(٤) « الله تعالى » من ب و حـ .
(٥) في ب و حـ : « ولا يطأها » .
(٦) في حـ : « بعض عبد » .
(٧) في ا و ب و حـ : « وعليه أن يستقبل عتق رقبة لأن من أصل أبي حنيفة أن العتق مما يتجزأ » .

تعالى أمر بإعتاق رقبة، كاملة، قبل المسيس. وعلى قولهما: صح، لأن عندهما الإعتاق لا يتجزأ، فإعتاق البعض إعتاق[1] الكل.

ولو جامع المظاهر، في خلال الصوم، جماعا[2] يفسد الصوم - فإنه[3] يستقبل الصوم[4]، بالإجماع، لأن الواجب عليه[5] صيام شهرين متتابعين، قبل المسيس، مع الإمكان، ولم يوجد.

ولو جامع في الشهرين ليلا[6]، أو نهاراً ناسيا لصومه، استقبل عند أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف: يمضي على صيامه - وهي مسألة معروفة[7].

ولو جامع في خلال الإطعام: لم[8] يلزمه الاستقبال، بالإجماع، لأن الله تعالى لم يذكر في الإطعام ترك المسيس، لكن يمنع[9] عن الوطء قبل الفراغ من الإطعام، لجواز أن[10] يقدر على الصوم أو العتق[11]، فتبين أن الوطء كان حراما.

---

(١) في حـ: «كإعتاق».

(٢) «جماعا» من ب و ا.

(٣) «فإنه» من ب. وليست في ا و حـ. وفي الأصل: «ويستقبل».

(٤) «الصوم» من حـ.

(٥) «عليه» ليست في حـ.

(٦) في ب: «ليلا عامدا».

(٧) في ا و ب: «وهي مسألة الصوم». وفي حـ: «وفي مسألة الصوم».

(٨) كذا في ا و ب و حـ. وفي الأصل: «ولم».

(٩) في ب: «يمتنع».

(١٠) كذا في ب و حـ. وفي الأصل و ا: «نحو أن».

(١١) «أو العتق» ليست في حـ.

ولو كفّر بالإعتاق : يعتق رقبة كاملة الذات والرق ، على ما نبين فى كتاب الأيمان .

ولو كفّر بالإطعام: أطعم ستين مسكينا[١]: كل[٢] مسكين نصف صاع[٣] من بر أو دقيق[٤] أو سويق[٥]، أو صاعا من تمر أو[٦] شعير، كما ذكرنا فى صدقة الفطر[٧] ، وحكمه حكم ذلك[٨] .

---

(١) « ستين مسكينا » من ب .
(٢) فى ا و ب و حـ : « لكل » .
(٣) « صاع » ساقطة من حـ .
(٤) فى حـ : « دقيقه » .
(٥) فى ا و حـ : « سويقه ». وفى المنجد : السّويق الناعم من دقيق الحنطة والشعير .
(٦) « تمر أو » من ا و ب و حـ .
(٧) راجع :الجزء الأول ، ص ٥١٦ — ٥١٨ .
(٨) زاد فى ب و ا : « والله تعالى أعلم » .

باب

اللعان

يحتاج[1] فى هذا الباب إلى :

بيان مشروعية اللعان وماهيته ،

وإلى بيان سبب وجوب اللعان ،

وإلى بيان شرائط الوجوب ،

وإلى بيان كيفية اللعان ،

وإلى بيان حكمه .

أما الأول — فنقول :

اللعان مشروع بين الزوجين .

وهو شهادات مؤكدات بالأيمان ، عندنا .

وعند الشافعى: أيمان مؤكدات بالشهادة[2] .

ويكون قائما مقام حد[3] القذف فى جانب الرجل ،وقائما مقام حد الزنا فى جانب المرأة ـ ولهذا قلنا: لا يثبت بالشهادة على الشهادة، ولا بشهادة النساء مع الرجال ، ولا بكتاب القاضى إلى القاضى .

وكذلك إذا وطئت محصنة بالشبهة ، فقذفها زوجها ، لم يجب اللعان ،

---

(١) فى ح : « قال رحمه الله : يحتاج » .

(٢) فى ب و ا : « بالشهادات » .

(٣) « حد » ليست فى ح .

كما لو قذفها أجنبي: لا يجب حد القذف ـ فسقط اللعان ، بالشبهة ، كالحد.

وأصل ذلك قوله تعالى : « والذين يرمون أزواجهم (الآية) »[١] .

• • •

وأما بيان سبب الوجوب ـ فنقول :

سبب وجوب اللعان بين الزوجين هو القذف الصحيح، عند وجود شرائطه ، من الزوج . ونعني[٢] بالقذف الصحيح ما يكون موجبا للحد في حق الأجنبي: بأن كان عاقلا، بالغا، والمرأة عاقلة[٣] بالغة. لأن القذف من الصغير والمجنون[٤] ليس بموجب للحد ، لعدم الجناية .

وكذلك ـ قذف الصغيرة والمجنونة بالزنا: كذب[٥]، لأنه لا يتصور الزنا منها، فلا يكون قذفا صحيحا .

وكذلك إحصان المقذوف شرط[٦].

وذلك نوعان :

أحدهما ـــ أن يقول « يازانية » أو « زنيت بفلان » أو[٧] « ولدك من

---

(١) النور : ٦ ونصها وما بعدها : « والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله إنه لمن الصادقين (٧) والخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين (٨) ويدرؤا عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين (٩) والخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين » .

(٢) كذا في ب و ا . وفي حـ والأصل :« يعني » .

(٣) في ب : « عاقلة محصنة بالغة » وسيأتي بعد قليل شرط الإحصان : انظر الهامش٦.

(٤) كذا في ا و ب و حـ . وفي الأصل : « الصغيرة والمجنونة ».

(٥) « بالزنا كذب » ليست في ا .

(٦) «وكذلك إحصان ... شرط » من ب . وانظر فيما بعد ص ٣٢٧ و٣٢٨ و٣٢٩.

(٧) الهمزة من ا و ب و حـ . وفي الأصل :« و » .

الزنا» ، فأنكرت المرأة ، وخاصمته إلى الحاكم ، فعجز الزوج عن إقامة البينة على الزنا .

والثانى ــ أن ينفى ولدا أقر[١] أن امرأته ولدته ،أو شهدت امرأة على الولادة ،فقال « هذا ليس بابنى» وذلك قبل الإقرار بالولد ، وقبل مضى مدة تهنئة الولد ، التى هى قائمة[٢] مقام الإقرار ــ على ما يعرف فى كتاب الدعوى .

ولو قال لامرأته وهى حامل : « هذا الحمل ليس منى » فهو ليس بقاذف[٣] ، ولا لعان بينهما[٤] عند أبى حنيفة وزفر . وقال أبو يوسف ومحمد : إن جاءت[٥] بولد لأقل من ستة أشهر: لاعنها ، وإن جاءت به لأكثر[٦] : فلا لعان . واتفق أصحابنا أنه لا[٧] ينفى نسب[٨] الحمل قبل الولادة .

. . .

وأما[٩] شرائط الوجوب ـ <فنقول> :

(١) كذا فى ا و ب و حـ . وفى الأصل : « رأى » .
(٢) فى حـ : « وقبل مضى الوقت : وقت تهمة الوالد التى هى قائمة ... »
(٣) فى ب : « بقذف » .
(٤) « بينهما » من ا و ب و حـ .
(٥) « إن جاءت » من ا و ب و حـ . وهنا تآكل فى الأصل .
(٦) كذا فى ا و ب و حـ . وفى الأصل : « ولن جاءت بأكثر » .
(٧) « أصحابنا أنه لا » من ب و ا . وهى فى حـ ما عدا « أصحابنا » فليست فيها . وموضع العبارة فى الأصل متآكل .
(٨) هكذا فى حـ . وفى الأصل : « سبب » . وفى ا و ب : « بسبب » .
(٩) فى حـ : « ومن » .

هو[١] أن يكونا زوجين ، حرين ، مسلمين ، عاقلين ، بالغين ، غير محدودين فى القذف، والمرأة عفيفة[٢] .

أما اعتبار[٣] الزوجية — فلأن الله تعالى خص اللعان بالأزواج ، وجعله حدا للزوج، قائما مقام حد القذف . ولهذا قال أصحابنا : إن من تزوج امرأة نكاحا فاسدا ، ثم قذفها — لا يجب اللعان .

ولو قذفها الزوج، فلم يلتعنا حتى طلقها ثلاثا أو بائنا : فلا حد ، ولا لعان ، لأنه انقطعت الزوجية ، وحصل الفراق ، وحكم اللعان التفريق والتحريم ، فلا[٤] يصح اللعان بدون حكمه .

ولو كان الطلاق رجعيا : يلاعن ، لقيام الزوجية .

وأما الحرية — فلأن العبد والأمة ليستا من أهل الشهادة ، واللعان شهادات فيها معنى الأيمان .

وكذلك الحرية فى جانبها من شرائط الإحصان ، وإحصان المقذوف شرط .

وأما اعتبار العقل والبلوغ — فلما قلنا : إنه لا يصح القذف بدون العقل والبلوغ .

وأما اعتبار نفى حد القذف : < ف > لأن المحدود فى القذف لا شهادة له .

---

(١) كذا فى حـ . وفى الأصل و ا و ب : « وهو » .

(٢) « والمرأة عفيفة » من ب . راجع الكاسانى ٣ : ٢٤١ : ٧ وما بعده . وانظر فيما بعد ص ٣٢٩ .

(٣) فى ا و ب و حـ : « أما قيام » .

(٤) فى حـ : « ولا » .

وأما اعتبار الاسلام: أما فى جانبها < ف > من باب الإحصان ، فإن المرأة الكافرة لا يجب بقذفها الحد ، وكذلك[١] اللعان .

وأما الزوج الكافر إذا قذف الزوجة المسلمة ، فلا لعان عليه ، لأنه ليس من أهل الشهادة على المسلمين . وصورة المسألة فى الكافر : إذا أسلمت امرأته فلم يعرض[٢] عليه الإسلام ، حتى قذفها ، فيحد ، ولا يلاعن .

فما لم يوجد هذه الشرائط : لا يجب اللعان - لكن بعضها شرط وجوب اللعان ، وبعضها شرط تحقق القذف وصحته .

ثم متى سقط اللعان و بطل - هل يسقط[٣] الحد عن الرجل ؟

قال مشايخنا : إن بطل بمعنى[٤] من جهة الزوج ، يجب الحد ، ولا يجب اللعان[٥] - وهذا صحيح إذا[٦] كان القذف صحيحا ، كقذف العاقل البالغ ، فأكذب نفسه : يجب الحد ولا يجب اللعان[٧] . فأما إذا لم يكن القذف صحيحا ، كقذف الصبي والمجنون ، فإنه لا يجب الحد ولا[٨] اللعان ، وإن سقط[٩] بمعنى من جهة الزوج .

---

(١) فى ا : « فكذا » . وفى ب : « فكذلك » . وفى حـ : « وكذا » .

(٢) فى ب : « فلم تعرض » .

(٣) فى ب : « هل يبطل » .

(٤) فى ب : « لمعنى » .

(٥) فى ا و حـ : « لم يجب على الزوج حد ولا لعان » . وكذا فى ب ما عدا : « على الزوج » . وفى الكاسانى مثل ما فى الأصل (٣ : ٢٤٤ : ٨ - ١٠) .

(٦) و (٧) كذا فى ا و ب و حـ لأن الأصل متآكل فى هذا الموضع .

(٨) « لا » من حـ . فى الأصل و ا و ب : « الحد واللعان » .

(٩) فى حـ : « فإن أسقط » .

وقالوا: إن بطل[١] بمعنى من جهة المرأة :لم يجب على الزوج حد، ولا لعان ، كما إذا صدقته، وكما[٢] إذا كانت حرة عفيفة مسلمة إلا أنها محدودة فى القذف:فلا حد ولا لعان[٣] ، لأن المعنى من جهتها ، وهو أنها ليست من أهل الشهادة ، مع كون القذف صحيحا .

فإذا كان المعنى من جهتها ، والقذف ليس بصحيح : لا يجب الحد واللعان جميعا أيضا ـ حتى إذا كانت الزوجة كافرة ، أو أمة ، أو[٤] صغيرة أو مجنونة أو زانية : فلا حد ولا لعان، لأن القذف ليس بصحيح، لأن المرأة ليست بمحصنة[٥].

وإذا كان كل واحد من الزوجين محدودا فى القذف : يجب الحد ، ولا يجب اللعان ، لأن القذف صحيح ، والمانع من جهة الزوج ، ولا عبرة بجانبها .

وعلى هذا تدور المسائل .

. . . .

وأما تفسير اللعان

فإن كان القذف بصريح الزنا ، فأنكرت المرأة ، وخاصمته إلى القاضى، فأمره بإقامة البينة على صدق مقالته ، فعجز عن إقامة البينة ، فإنه يبتدىء

(١) « بمعنى من جهة الزوج . وقالوا : إن بطل » ساقطة من ا . وفيها : « وإن سقط بمعنى من جهة المرأة » .

(٢) فى ا و ب و حـ :«وكذا » .

(٣) فى ب :« محدودة فى قذف بغير التوبة يجب الحد ولا لعان ... » .

(٤) « أو » ليست فى حـ . وفيها : « أمة صغيرة » .

(٥) « لأن المرأة ليست بمحصنة » من ب .

من جهة الزوج ، ويأمره باللعان - فيقوم الزوج ويقول « أشهد بالله إني لمن الصادقين فيما رميتها به من الزنا » فيقول ذلك أربع مرات ، ثم يقول في الخامسة « أن لعنة الله عليّ [1] إن كنت من الكاذبين فيما رميتها به من الزنا » ويقبل بوجهه على المرأة في كل ذلك . ثم يأمرها باللعان ، فتقوم وتواجه زوجها ، وتقول « أشهد بالله إنه لمن الكاذبين فيما رماني به من الزنا » أربع مرات [2] ثم تقول في الخامسة « إن غضب الله عليّ [3] إن كان من الصادقين فيما رماني به من الزنا » . فإذا قالت [4] ذلك تم اللعان بينهما .

وإن كان **القذف بنفي الولد** ،وكذبته المرأة، وخاصمته إلى الحاكم [5]: فإنه يأمر الحاكم الزوج باللعان ، وهو أن يقوم الرجل [6] فيقول « أشهد بالله إنني [7] لمن الصادقين فيما رميتها به من نفي ولدها هذا» أربع مرات، ويقول في الخامسة «إن لعنة الله عليّ [8] إن كنت من الكاذبين فيما رميتها به من نفي ولدها هذا [9]» [10] ثم يأمر المرأة أن تقول « أشهد بالله إنه

(١) كذا في ا و ح . وفي الأصل و ب : « عليه » .
(٢) « أربع مرات » ليست ب و ا .
(٣) كذا في ا و ح . وفي الأصل و ب : « عليها » .
(٤) في ب و ا : « قالا » . وفي ح : « قال » .
(٥) في ا : « إلى القاضي » .
(٦) في ب : « الزوج » .
(٧) في ا و ح : « أني » .
(٨) في ب : « عليه » .
(٩) « هذا » من ب و ح .
(١٠) زاد في ب : « أربع مرات » .

لمن الكاذبين فيما رماني[١] به من نفي ولدي هذا » ، أربع مرات ، ثم تقول في الخامسة « إن غضب الله عليّ[٢] إن كان من الصادقين فيما رماني[٣] به[٤] من نفي ولدي هذا » .

والقيام ليس بشرط ، ولا يضره قال ذلك قائما أو قاعدا - كذا رواه[٥] الحسن عن أبي حنيفة .

فإذا قالا[٦] ذلك تم اللعان بينهما .

. . .

وإذا تم اللعان بينهما[٧] لا تقع الفرقة ما لم يفرق القاضي بينهما.

فينبغي أن يفرق القاضي بينهما في الفصل الأول .

وفي الفصل الثاني: يفرق بينهما، ويقضي بنفي الولد وقطع النسب من الأب ويلحقه[٨] بالأم، لأن التفريق وقطع النسب كلاهما حكم اللعان إذا كان اللعان بالقذف[٩] بنفي[١٠] الولد، فلا بد[١١] من قضاء القاضي بقطع[١٢] النسب.

---

(١) كذا في ا و ب و حـ . وفي الأصل : « رمى » .
(٢) في ب : « عليها » .
(٣) كذا في ا و ب و حـ . وفي الأصل : « رمى » .
(٤) « به » ليست في ا .
(٥) في ا : « رواية » .
(٦) كذا في ا و ب و حـ . وفي الأصل : « قال » .
(٧) « بينهما » من ب .
(٨) في ا و ب و حـ : « ويلحق » .
(٩) كذا في ا و ب و حـ . وفي الأصل : « بالصدق » .
(١٠) في الأصل و ا و ب و حـ : « بنفي » .
(١١) في حـ : « ولا » .
(١٢) كذا في ا و ب و حـ . وفي الأصل : « لقطع » .

وأما حكم اللعان

فهو ثبوت حق التفريق . فإذا تم اللعان يفرق القاضي بينهما ، ولا تقع الفرقة بنفس اللعان ـ وهذا مذهب علمائنا .

وقال زفر : تقع الفرقة بلعانهما[١] .

وقال الشافعي : بلعان الزوج .

ثم اختلف أصحابنا فيما بينهم : قال أبو حنيفة ومحمد : هي تطليقة بائنة، فيزول ملك النكاح، وتثبت حرمة الاجتماع والتزوج[٢] إلى وقت الإكذاب وإقامة الحد[٣] .

وقال أبو يوسف وزفر : هي فرقة بغير طلاق توجب[٤] تحريما مؤبدا .

وأصله قوله عليه السلام : « المتلاعنان[٥] لا يجتمعان أبدا » . فأخذ أبو يوسف وزفر بظاهر الحديث ، وأبو حنيفة ومحمد أخذا بمعناه وهو أن المتلاعنين لا يجتمعان أبدا ما داما متلاعنين ، فإن حقيقة المتفاعل هو المتشاغل[٦] بالفعل، حقيقة أو[٧] حكما ، فإذا زال اللعان حقيقة وحكما لا يبقى حكمه .

(١) في ح : « بلعانها » ، وفي ت : « بنفس اللعان » .
(٢) في ح : « ويزول ملك النكاح ... والتزويج » .
(٣) « الحد » ساقطة من ح .
(٤) في ا وب و ح : « يوجب » .
(٥) في ح : « الملاعنان » .
(٦) في ب : « التشاغل » ، وفي ح : « فإن حقيقة المتلاعن المتفاعل وهو المتشاغل ... »
(٧) الهمزة من ا و ب .

ثم إذا وقعت الفرقة بتفريق القاضي وثبت حرمة الاجتماع : فإذا أكذب[1] الزوج نفسه ، وضرب[2] الحد[3]، يباح له أن يتزوجها ،لأنه بطل القذف وخرج من أن يكون من أهل اللعان بصيرورته محدودا في القذف فلا يبقى اللعان[4].

وكذلك إذا صدقته المرأة،بعد الفرقة،لأنها صارت معترفة، وبطل القذف ، فبطل حكم اللعان[5] .

وكذا إذا حدت في قذف .

. . . .

فإن أخطأ القاضي فبدأ بالمرأة،ثم بالرجل ـ فإنه ينبغي له أن يعيد اللعان على المرأة ،لأنها شهادة ،وإنما يبدأ بشهادة المدعي ،ثم بشهادة المدعى عليه، بطريق الدفع،فلهذا يبدأ بالرجل،فإن أخطأ يجب الاستدراك بالإعادة،فإن لم يعد[6] جاز ، لأنه قضاء في موضع الاجتهاد ، فإن عند بعضهم اللعان[7] أيمان، وفي التحالف يجوز تقديم يمين أيهما كان .

---

(١) في حـ : « كذب » .

(٢) في ا و ب : « فضرب » .

(٣) « الحد » ليست في ا .

(٤)و(٥) في ا : « ... يباح له أن يتزوجها،لأنه بطل اللعان . وكذلك إذا صدقته المرأة بعد الفرقة ، لأنها صارت معترفة ، وبطل القذف فبطل حكم اللعان » . وفي ب : « ... يباح له أن يتزوجها لأنه بطل القذف وخرج من أن يكون من أهل اللعان . وكذلك إذا صدقته المرأة بعد الفرقة لأنها صارت معترفة فبطل حكم اللعان » . وفي حـ : « ... يباح له أن يتزوجها لأنه بطل اللعان . وكذلك إذا صدقته المرأة بعد الفرقة لأنها صارت معترفة وبطل القذف وخرج من أن يكون من أهل اللعان بصيرورته محدودا في قذف فلا يبقى اللعان » .

(٦) في حـ : « يحدها » .

(٧) في ا : « بعضهم يجب اللعان » .

ولو أخطأ القاضي، وفرق قبل تمام اللعان : فإن كان كل واحد منهما قد التعن أكثر اللعان: وقعت الفرقة . وإن لم يلتعنا أكثر اللعان [١] أو كان أحدهما لم يلتعن أكثر اللعان [٢]: لم تقع الفرقة - لأنه قضاء [٣] بطريق الاجتهاد، في موضع يسوغ فيه الاجتهاد [٤] لأن للأكثر حكم [٥] الكل، في كثير من الأحكام . وفي الفصل الثاني قضاء في موضع لا يسوغ فيه الاجتهاد، فلا ينفذ [٦] .

وإذا امتنع أحد الزوجين عن الالتعان [٧]، فإن القاضي يحبسه حتى يلتعن. وعند الشافعي : لا يحبس [٨]، ولكن يحد حد القذف [٩] .

---

(١) و(٢) «اللعان» من ا و ب و حـ .

(٣) في ب و حـ : «قضى» .

(٤) «في موضع يسوغ فيه الاجتهاد» ليست في حـ .

(٥) في حـ : «الأكثر يحكم» .

(٦) «فلا ينفذ» من ا و ب و حـ . وفي الأصل : «ولا ينعقد» .

(٧) في ا و حـ : «عن اللعان» .

(٨) «لا يحبس» ساقطة من حـ .

(٩) زاد في ا و ب : «والله تعالى أعلم بالصواب».

باب

فرقة العنين

لاخلاف [١] بين العلماء أن الجب[٢] والعنة[٣] عيب يثبت بهما الخيار للمرأة : في التفريق ، والبقاء على النكاح .

واختلف أصحابنا في عيوب أخر بالزوج ، تخل بالوطء ، مثل الجنون ، والجذام ، والبرص : قال أبو حنيفة : لا يثبت الخيار . وقال محمد والشافعي : يثبت .

وأجمع أصحابنا أن لا يفسخ النكاح بعيوب في المرأة .

وقال الشافعي: يفسخ بعيوب خمسة : الجنون ، والجذام ، والبرص ، والرتق[٤]، والقَرَن [٥] ـ وهي مسألة معروفة .

إذا ثبت هذا فنقول[٦] :

---

(١) في ﻫ : « قال رحمه الله : لاخلاف » .

(٢) في المغرب : الجب القطع ، ومنه المجبوب الخصي الذي استؤصل ذكره وخصياه .

(٣) في المغرب : العنة على زعمهم اسم من العنين وهو الذي لا يقدر على إتيان النساء . ولم أعثر عليها إلا في صحاح الجوهري . وفي البصائر لأبي حيان التوحيدي : قل فلان عنين أي بيّن التعنين، ولا تقل بيّن العنة كما يقوله الفقهاء فإنه كلام مرذول.

(٤) في المغرب : امرأة رتقاء بينة الرتق إذا لم يكن لها خرق إلا المبال .

(٥) في المغرب : القرن في الفرج مانع يمنع من سلوك الذكر فيه إما غدة غليظة أو لحمة مرتتقة أو عظم ـ وامرأة قرناء : بها ذلك.

(٦) الفاء من ا و ﻫ .

إذا ادعت المرأة أن زوجها مجبوب أو عنين، ورفعت الأمر إلى القاضي، فإنه يسأل الزوج عن ذلك: أنه هل وصل إليها أم لا؟ فإن أنكر: ففي المجبوب يعرف بالمس[1] من وراء الإزار. وإن أقر: يثبت[2] لها الخيار في المجبوب. لأنه لا فائدة في التأجيل.

وفي **العنين**: إذا أقر وصدقها في ذلك - يؤجله القاضي سنة. وإن أنكر أنه عنين وقال «وصلت إليها» فإن القاضي يسأل المرأة: أهي بكر أو[3] ثيب - فإن قالت «ثيب»: فإنه يجعل القول قول الزوج، لأن الظاهر شاهد له، لأن من خلا بالثيب فالظاهر أنه يطأها. وإن قالت «إني بكر»: نظر إليها النساء - والمرأة الواحدة كافية والأكثر[4] أوثق - فإن قلن[5] «إنها بكر»: فالقول قولها، لأن قيام البكارة يدل عليه، و[6] قول النساء فيما لا يطلع عليه[7] الرجال مقبول.

وإذا ثبت أنه لم يصل اليها، إما بإقراره أو بظهور البكارة، فإن القاضي يؤجله حولا. وإنما يعتبر الأجل سنة[8]، لأن الامتناع من الوطء قد يكون للعجز وقد يكون[9] لبغضه إياها، فإذا أجل فيقدم على الوطء

(١) في ﺣ: «بالجس».
(٢) في ا: «أثبت».
(٣) في ا و ب و ﺣ: «أم».
(٤) كذا في ا و ب و ﺣ. وفي الأصل: «والاثنين».
(٥) كذا في ا و ب و ﺣ. وفي الأصل: «قال».
(٦) الواو من ا و ﺣ. وفي ب: «وهو».
(٧) كذا في ا و ب و ﺣ. وفي الأصل: «عليها».
(٨) «وإنما يعتبر الأجل سنة» ليست في ا و ب و ﺣ.
(٩) «لعجز وقد يكون» ليست في ب.

دفعا للعار عن نفسه إن كان قادرا . وأول الأجل من حين الإقرار و[1]ظهور البكارة ، ولا يحتسب على الزوج ما قبل التأجيل .

• • •

والتأجيل إنما يكون بسنة[2] شمسية ، لأن الفصول تكمل فيها ، فيحتمل أن يزول الداء في المدة التي بين الشمسية والقمرية .

فإذا حال [3]الحول فرفعت الأمر إلى القاضي وادعت أنه لم يصل إليها ، فإنه يسأل الزوج عن ذلك : فإن قال قد وطئتها، وهي ثيب، فالقول قوله. وإن كانت بكرا : نظر إليها النساء : فإن قلن إنها بكر: فالقول قولها ، وإن قلن إنها ثيب: فالقول قول الزوج .

• • •

وإذا ثبت[4] عدم الوصول إليها ، إما باعترافه أو بظهور البكارة، فإن القاضي يخيرها ، لأن العيب قد استقر[5] : فإن اختارت المقام ، بطل حقها، ولم يكن لها خصومة أبدا ، في هذا النكاح، لأنها رضيت بالعيب . وإن اختارت الفرقة ، يفرق القاضي بينهما، وتكون تطليقة بائنة، على مامر .

ولو وصل إليها مرة، ثم عجز، و[6]عرف ذلك بإقرارها، فإن القاضي لا يخيرها، لأنه وصل حقها إليها، لأنه يجب كمال المهر، فلا[7] يعتبر مازاد عليه.

---

(١) في حـ : « أو » .

(٢) في ا و ب : « ويعتبر الأجل بسنة » . وفي حـ : « ويعتبر الأجل سنة » .

(٣) في حـ : « جاء » .

(٤) « ثبت » من ا و ب و حـ . وفي ا و ب : « فإذا ثبت » .

(٥) في ا : « قد التزم » .

(٦) الواو من ب .

(٧) في ا و ب و حـ : « ولا » .

وإذا خيرها الحاكم[١] فوجد منها ما يدل على الإعراض، يبطل خيارها، كما في خيار [٢] المُخيَّرة [٣].

. . .

وقال أصحابنا : إن العنين إذا أجل سنة ، فشهر رمضان وأيام الحيض محسوبة من الأجل ، لأن التأجيل [٤] سنة – عرفنا ذلك بإجماع الصحابة من غير استثناء هذه الأيام ، مع علمهم بذلك .

فأما إذا مرضا في المدة، مرضا لا يمكن الجماع معه: فإن كان أقل من نصف شهر ، احتسب عليه ، وإن كان أكثر من نصف شهر لم يحتسب عليه . وكذلك الغيبة .

وروى عن محمد أنه قدر ذلك بالشهر ، وفيه روايات[٥] – وهذا أوثق[٦] ، لأن الشهر في حكم الأجل .

. . .

هذا إذا لم تكن المرأة رتقا ، فإن كانت رتقا وكان زوجها عنينا ، فلا يؤجله القاضي ، لأنه لا حق لها في الوطء ، و[٧] إنما حقها في [٨] الاستمتاع والمساس .

. . .

---

(١) في ا و ب و حـ : « القاضي ».

(٢) « خيار » من ب .

(٣) في الأصل : « كما في المخيرة المجنونة » . وراجع فيما تقدم ص ٢٨٤ وما بعدها .

(٤) كذا في ا و ب و حـ ، وفي الأصل : « تأجيل » .

(٥) في ب : « وفيه ثلاث روايات » .

(٦) في حـ : « أرفق » . وفي ا و ب : « اوفق » .

(٧) الواو من حـ .

(٨) « في » ليست في حـ و ا .

ولو علمت المرأة بالعنة ، عند العقد ، ورضيت بالعقد : فإنه لاخيار لها ، كمن اشترى عبدا وهو عالم بعيبه .

. . .

فإن[١] كان زوج الأمة عنينا : فالخيار فى ذلك إلى المولى عند أبى يوسف.

وقال زفر : الخيار للأمة .

وروى الحسن ، عن أبى حنيفة ، مثل قول أبى يوسف[٢] .

---

(١) فى ا و ب و ح : « وإن » .

(٢) زاد فى ب و ا : « والله تعالى أعلم بالصواب » .

باب

الحضانة[1]

الولاية[2] إلى العصبات فى الجملة ، والحضانة إلى ذوات[3] الرحم المحرم ، لأن الحضانة تبتنى على الشفقة والرفق بالصغار ، وذلك من جانب النساء أوفر ، وهن بالتربية أعلم .

ويكون الأقرب فالأقرب أولى . ثم الأقرب ههنا[4] هى الأم . ثم الجدة أم الأم . ثم الجدة أم الأب . ثم الأخوات : فأولاهن[5] الأخت لأب وأم ، ثم الأخت لأم ، ثم الأخت لأب . ثم بنات الأخت، على هذا الترتيب. ثم بنات الأخ ، على هذا الترتيب ـ وهذا على الرواية[6] التى تقدم الأخت لأب على الخالة ـ وهى رواية محمد[7] عن أبى يوسف عن أبى حنيفة ، ورواية الحسن عن أبى يوسف. وفى رواية

(١) « باب الحضانة » ليست فى ب .

(٢) فى الأصل :« قال رحمه الله : الولاية » . وفى حـ : « قال : الولاية » .

(٣) كذا فى ا و ب و حـ . وفى الأصل :« ذوى ».

(٤) « ههنا » من ب و حـ .

(٥) كذا فى ا و ب و حـ . وفى الأصل : « فأولاها » .

(٦) فى حـ : «وعلى هذا الرواية » .

(٧) «محمد » ليست فى ب . وفى ا : « عن محمد » . انظر الهامش التالى .

عن أبى حنيفة وأبى يوسف[١] أن الخالة أولى من الأخت لأب ، وهو قول محمد وزفر .

ثم بعد[٢] الأخوات ، وأولادهن[٣] من الإناث ، الخالات على الترتيب : الخالة[٤] لأب وأم ، ثم الخالة[٥] لأم ، ثم الخالة لأب[٦] .

ثم العمات على الترتيب : العمة لأب وأم ، ثم العمة لأم ، ثم العمة لأب .

فأما بنات العم والخال والعمة والخالة ، فلا حق لهن فى الحضانة ، لأن لهن رحما غير محرم .

• • •

ثم الأم والجدات أحق بالغلام إلى أن يأكل وحده ، ويشرب وحده ،

---

(١) كذا فى ح و ا . إلا أن فى ا : « وهى رواية عن محمد ... الخ » . أما فى ب فكما يأتى مع وضع خط تحت مواضع الخلاف : « وهى رواية عن أبى يوسف عن أبى حنيفة وفى رواية الحسن عن أبى حنيفة وفى رواية محمد عن أبى حنيفة وأبى يوسف » . وفى الأصل : « وهى رواية محمد عن أبى يوسف عن أبى حنيفة وروى الحسن عن أبى يوسف فى رواية عن أبى يوسف » . ولعل فى الأصل نقصا يكمل على الوجه الآتى : « ... وروى الحسن عن أبى يوسف <و> فى رواية عن <أبى حنيفة و> أبى يوسف » . وقد اكتفى السرخسى بقوله فى المبسوط (٥ : ٢١١) : « ثم بعد الأخت لأم ـ قال فى كتاب النكاح : الأخت لأب أولى من الخالة ، وفى كتاب الطلاق قال : الخالة أولى من الأخت لأب » ، وكذا الكاسانى إذ قال (البدائع ، ٤ : ٤١ : ٢١) : « واختلفت الرواية عن أبى حنيفة فى الأخت لأب مع الخالة : أيتهما أولى ؟ روى عنه فى كتاب النكاح أن الخالة أولى وهو قول محمد وزفر . وروى عنه فى كتاب الطلاق أن الأخت لأب أولى » . وكذا ابن الهمام (الفتح ، ٣ : ٣١٥) : « ... وبعد الأخت لأب الخالة ... وفى رواية كتاب الطلاق الخالة أولى من الأخت لأب ... وفى رواية كتاب النكاح : الأخت لأب أولى من الخالة » .

(٢) « بعد » من ا و ب و ح . وفى الأصل : « تقدم » .

(٣) فى ح : « ثم بعد الخالات أولادهن » .

(٤—٦) فى ح : « الخالات » .

ويلبس وحده . و[١]في رواية عن[٢] محمد : و[٣] يتوضأ وحده أو[٤] يستنجي وحده[٥] . فأما الجارية فهي أحق بها حتى تحيض .

والقياس أن يكون لهن حق الحضانة ، في الغلام ، إلى وقت البلوغ ، لحاجة الصغار إلى التربية ، في الجملة ، إلى وقت البلوغ - إلا أنا استحسنا في الغلام ، لأنه يحتاج إلى التأديب ، والأب أقدر .

ثم عندنا[٦]: ليس للصغير العاقل اختيار أحد الأبوين في الحضانة . وعند الشافعي : يخير الصبي[٧] .

والصحيح قولنا ، لأنه لا يعرف الأنظر منهما .

• • •

وأما من لا ولاد[٨] لها من النساء ، فلا[٩] حق لهن في الجارية والغلام ، بعد الاستغناء بأنفسهما ، فيما ذكرنا .

وينتقل الحق إلى العصبات من ذوي الرحم المحرم : الأقرب فالأقرب ،

---

(١) « و » ليست في ب .

(٢) « عن » من ب و ا .

(٣) الواو من ا و ب و حـ . وفي الأصل : « أنه » .

(٤) في ب : « و » . وفي الكاساني (٤ : ٤٢ : ٢٥) : « وذكر أبو داود بن رشيد عن محمد : ويتوضأ وحده - يريد به الاستنجاء . أي : ويستنجي وحده » . وداود بن رُشيد الخوارزمي من أصحاب محمد بن الحسن - سكن بغداد . وله النوادر . وروي عنه مسلم وأبو داود وابن ماجة والنسائي . ومات سنة ٢٣٠ هـ أو سنة ٢٣٩ هـ . (الفوائد . ٧٢ . والجواهر . ١ : ٢٣٧) .

(٥) « وحده » من ا و ب و حـ . راجع الهامش السابق .

(٦) في حـ كذا : « والأب أقدم عندنا » .

(٧) في ا : « الصغير » .

(٨) في حـ : « أولاد » .

(٩) في حـ : « ولا » .

على الترتيب ، إلا بنى الأعمام ، لأن الحاجة إلى الحفظ ، وخوف الصغير من العصبة أشد من خوفه[1] من غير الأمهات من ذوات الرحم المحرم. فأما بنو الأعمام: فلا حق لهم فى الحضانة ، لأن لهم رحما غير محرم ، و[2] يحل لهم نكاحها ، فلا يؤمن عليها .

• • •

ثم من كان من[3] عصباتها ، ممن[4] لا يؤمن عليها ، من ذوى الرحم المحرم ، لفسقه ومجانته ، لم يكن له فيها حق ، لأن فى كفالته لها ضررا عليها[5] .

فإن لم يكن للجارية من عصباتها غير ابن العم ، فالاختيار إلى القاضى: إن رآه أصلح : ضم[6] إليه ، وإلا فيضع[7] عند أمينه .

• • •

وهذا الذى ذكرنا من ثبوت حق الحضانة لذوات الرحم المحرم إذا لم يكن لهن أزواج[8] ـ فأما من لها زوج فلا حق لها فى الحضانة[9] ، إلا إذا كان زوجها ذا[10] رحم محرم من الصغير ، لأنه يلحقه الجفا والمذلة من

(١) « من خوفه » ليست فى ا و ب و حـ .

(٢) « و » من ا و ب و حـ .

(٣) « من » من ا و ب . وفى الأصل و حـ : « فى » .

(٤) فى حـ : « من » .

(٥) فى حـ : « عليه » .

(٦) فى حـ : « ضمه » . وفى ب و ا : « يضم » .

(٧) فى حـ : « يضعها » .

(٨) فى حـ : « لها زوج » .

(٩) « فى الحضانة » من حـ .

(١٠) فى حـ : « أدنى » .

زوج الأم إذا كان أجنبيا. ويضعه القاضي حيث يشاء، بمنزلة من لا قرابة له.

• • •

وأم الولد والزوجة، في الحضانة، على السواء، إذا أعتقت.

فأما الرقيقة: فلا[1] حق لها في حضانة الولد الحر، لأنه ضرب من الولاية، والرق ينافي الولايات[2].

• • •

وأهل الذمة في هذا بمنزلة أهل الإسلام، لأن هذا أمر يبتني على الشفقة.

ولو كانت الأم كافرة والولد مسلم[3]: ذكر في «الأصل» أنها في الحضانة كالمسلمة. وكان أبو بكر الرازي[4] يقول: إنها أحق بالصغير والصغيرة حتى يعقلا، فإذا عقلا، سقط حقها[5]، لأنها تعودهم أخلاق الكفرة.

ولا حق للمرتدة في الولد، لأنها تحبس، وفي الحبس ضرر بالصبي.

• • •

وإذا ثبت أن حق الحضانة للأم، فإذا أرادت[6] أن تخرج بالولد إلى بلد آخر - هل للأب حق المنع؟ فلا يخلو: إما أن تكون الأم زوجته أو مطلقة بائنة.

فإن كانت زوجته: فللزوج حق المنع من الخروج، بنفسها وبولدها.

---

(١) الفاء من ب و ا.

(٢) في ا و ب و ﻫ: «الولاية».

(٣) في ﻫ: «مسلما».

(٤) راجع ترجمته في الهامش ٥، ص ٢٠٦ من الجزء الأول.

(٥) كذا في ا و ب و ﻫ. وفي الأصل: «حقهما».

(٦) في ﻫ: «وأرادت».

فأما إذا كانت مبتوتة : <ف> إما أن تخرج بولدها [١] إلى بلدها أو إلى بلد آخر ، وقد وقع النكاح فى ذلك البلد أم لا ، ويكون بعيدا أو قريبا يقدر الأب على مشاهدة الولد والعود إلى بيته قبل الليل .

أما إذا أرادت الخروج إلى بلدها وكان البلد بعيدا : <ف> إن وقع النكاح فيه : ليس للأب حق المنع ، لأنه لما عقد النكاح ثَمّ ، فالظاهر أنه التزم المقام فيه . لأن الظاهر أن الزوج يقيم فى البلد الذى تزوج فيه[٢] ، إلا أنه يلزمها اتباع الزوج ، إذا أعطى جميع المهر ، حيث شاء ، أو رضيت بذلك ، فإذا زالت الزوجية ، لم تجب المتابعة ، فيعود الأمر الأول[٣] .

فإن لم يقع عقد النكاح فى بلدها : فليس لها أن تنقل ولدها إلى ذلك البلد ، لأن فيه التفريق بين الأب وبين ولده الصغير ، وفيه ضرر بالأب ، ولم[٤] يلتزم[٥] الضرر حيث لم يتزوج ثَمّ .

وإذا أرادت أن تنقل الولد إلى البلد الذى وقع فيه النكاح ، وليس ذلك بلدها : فليس لها[٦] ذلك ، لأنه ليس بوطن لها ، فهى دار غربة

---

(١) الباء من ا و ب و حـ .
(٢) كذا فى ب و ا . وفى الأصل و حـ : « منه » .
(٣) فى حـ : « إلى الأول » .
(٤) فى حـ : « ولا » .
(٥) كذا فى ا و ب و حـ . وفى الأصل : « يلزم » .
(٦) فى حـ : « له » .

لها[١]، كما أن البلد الذى فيه الزوج دار غربة،فتساويا ، وليس[٢] لها أن تلحق الضرر[٣] بالأب .

وأما إذا كان البلد قريبا ، بحيث يقدر الأب أن يجىء[٤] إلى الولد ويراه و[٥] يعود إلى منزله قبل الليل،فلها ذلك ،ويكون ذلك بمنزلة أطراف المصر ، لأنه ليس فيه كثير ضرر .

وأما أهل القرى-إن أرادت المبتوتة أن تنتقل بالصبي إلى قريتها من[٦] قرية الأب : إن وقع النكاح فيها ، فلها ذلك . وإن وقع النكاح فى غيرها ، فليس لها أن تنقل الصبي إلى قريتها[٧] ، ولا إلى القرية التى وقع النكاح فيها إذا كانت بعيدة، كما فى البلدين . وإن كانت قريبة بحيث يمكن[٨] الأب رؤية الصبي ، والعود إلى منزله . قبل الليل : فلها ذلك ، لأنه ليس فيه ضرر معتبر[٩] .

وإن كان الأب متوطنا فى المصر، فأرادت[١٠] نقل ولدها إلى قريتها،

---

(١) « لها » ليست فى حـ .

(٢) فى ا و ب : « فليس » .

(٣) « الضرر » ليست فى ا .

(٤) فى الأصل : « إلى أن يجىء » . وفى ب و ا : « أن ينظر » .

(٥) فى ا و ب و حـ : « ثم » . وليس فى ب : « ويراه » .

(٦) كذا فى ب و ا . وفى الأصل : « غير » .

(٧) « من قرية الأب ... إلى قريتها » ساقطة من حـ .

(٨) كذا فى ا و ب و حـ . وفى الأصل : « يملك » .

(٩) « لأنه ليس فيه ضرر معتبر » ليست فى ب . وانظر الهامش بعد التالى .

(١٠) التاء من ا و حـ .

والنكاح وقع فيه، فلها ذلك[١]، لأن الأب التزم المقام فى مكان النكاح، إذا كان وطن الزوجة[٢].

وإذا[٣] أرادت النقل إلى قرية قريبة من المصر، <بحيث> يمكن النظر إلى ولده والعود قبل الليل : < ف > إن وقع النكاح فيها[٤]، فلها ذلك، لأنه رضى بغربة[٥] الولد، وإن لم يقع النكاح[٦] فيه، فليس لها ذلك، لأن أخلاق أهل القرى لا تساوى أخلاق أهل المصر، فيلحق الصبي بذلك ضرر، وفيه ضرر بالوالد[٧]، فلم يجز[٨]، إذا لم يلتزمه[٩] الأب[١٠].

وقد ذكر محمد[١١] هذه المسألة فى الجامع الصغير مبهمة فقال : إنما أنظر فى هذا إلى الموضع الذى وقع فيه عقد النكاح[١٢] ـ والصحيح ما ذكرنا من التفصيل.

• • •

(١) « وإن كان الأب ... فلهاذلك » ليست فى ب. وانظر الهامش قبل السابق.
(٢) فى ا و ح : « الزوج ».
(٣) « إذا » ليست فى ح. فيها : « وأرادت ». وفى ا و ب : « وإن ».
(٤) فى ا و ب و ح : « أصل النكاح فيه ».
(٥) فى ب و ح : « بفرقة ».
(٦) فى ا و ب : « أصل النكاح ». وفى ح : « أصلا النكاح ».
(٧) فى ا و ب و ح : « أهل المصر فيتخلق الصبي بذلك وفيه ضرر بالولد ».
(٨) فى ب : « فلم يجبر ».
(٩) كذا فى ا و ب و ح. وفى الأصل : « لم يلزمه ».
(١٠) « الأب » ليست فى ا.
(١١) « محمد » من ا و ب.
(١٢) محمد. الجامع الصغير، ٥٢ : « رجل تزوج امرأة من أهل الشام بالشام فقدم بها الكوفة، وطلقها، وقد ولدت منه ـ فلها أن تخرج بالولد إلى الشام. وإن كان تزوجها فى غير الشام أو بالكوفة. وهي من أهل الشام، لم يكن لها أن تخرج بالولد من الكوفة ».

ثم الأم وإن كانت أحق بالحضانة ، فإنه لا يجب عليها **إرضاع الصبي** ، لأن ذلك بمنزلة النفقة ، ونفقة الولد يختص بها الوالد ، إلا أن لا يوجد من يرضعه[١] ، فتجبر[٢] على إرضاعه .

وقال مالك : إن كانت شريفة لم تجبر ، وإن كانت دنية تجبر .

فإن كانت لا ترضع إلا بأجر : <ف> إن كان في حال قيام النكاح : <ف> ليس لها ذلك ، لأن الأجر لحفظ الصبي وغسله[٣] ، وذلك من باب نظافة البيت ، وهي منفعة تحصل لها <ب> ذلك[٤] ، فلا تستحق الأجر .

ولو استأجر الأب ظئرا[٥] ، وأرادت الأم أن ترضع : فهي[٦] أولى ، لأنها أشفق عليه .

وإن كانت المرأة مبانة . وهي في العدة : <ف> في إحدى الروايتين : لا يجوز لها أن تأخذ الأجر ، لأنها تستحق النفقة ، كالزوجة . وفي رواية : يجوز ، لأنها صارت أجنبية .

فأما إذا انقضت العدة : <ف> يجوز أن تأخذ الأجر ، لأنها[٧] بمنزلة الأجنبية ، وهي أولى من الأجنبية .

---

(١) كذا في ا و ب و حـ . وفي الأصل : « من لا يرضعه » .
(٢) زاد هنا في ب : « الأم » .
(٣) « وغسله » ليست في ا .
(٤) « ذلك » ليست في ا و ب و حـ .
(٥) زاد هنا في حـ : « له » .
(٦) في ا و ب : « فالأم » .
(٧) « لأنها » من حـ .

وتجب الأجرة على الزوج إذا رضيت بمثل ما تأخذ الأجنبية[١][٢].

وإن قال الأب[٣] : أنا أجد من ترضعه بغير أجر أو بأقل من ذلك الأجر - فليس لها أن تمنع الزوج من ذلك ، لأن في ذلك ضررا بالأب ، ولكن ترضع الظئر في بيت الأم ، ما لم تتزوج . لأن حق الحضانة لها[٤].

---

(١) « وتجب الأجرة على الزوج ... الأجنبية » ليست في ح .

(٢) زاد في ب : « وهي أولى من الأجنبية » .

(٣) « الأب » من ا و ب و ح .

(٤) زاد في ب و ا : « والله تعالى أعلم » .

باب

الرضاع

قد [١] ذكرنا أن الرضاع سبب للتحريم، بطريق التأبيد، فيحرم به ما يحرم بالنسب والصهرية . وإنما يخالف النسب فى مسألتين :

إحداهما ـ أنه لايجوز أن يتزوج الرجل أخت ابنه من النسب [٢] ، ويجوز أن يتزوج أخت ابنه من الرضاع ، لأن أخت ابنه من النسب [٣] بنت امرأته الموطوءة ، وبنت موطوءته حرام عليه ، وهذا لا يوجد [٤] فى الرضاع [٥] .

والثانية ـ أنه لا يجوز أن يتزوج الرجل أم أخته من النسب، ويجوز أن يتزوج أم أخته من الرضاع ، لأن أم أخته من النسب موطوءة أبيه ، وحليلة الأب حرام على الابن ، وهذا لا يوجد [٦] فى الرضاع .

وتعرف ذلك بالتأمل .

وجملة ذلك ـ أن [٧] الرضاع يتعلق به التحريم فى جانب المرضعة [٨] ،

---

(١) فى ح : « قال رحمه الله: قد » .
(٢) فى ب : « من النسب لأمه » .
(٣) « من النسب » ليست فى ا و ب .
(٤) فى ب : « وهذا لايحرم » .
(٥) « لأن أخت ابنه ... فى الرضاع » ليست فى ح .
(٦) فى ب : « وهذا لا يحرم » .
(٧) فى الأصل وغيره « وجملة ذلك وهو أن » .
(٨) فى ا و ب : « المرضع » ـ انظر الهامش بعد التالى .

وفى جانب الواطىء الذى ينزل اللبن من وطئه .

والتحريم[1] فى جانب المرضعة[2] مجمع عليه . وفى جانب الزوج[3] مختلف فيه : فعندنا يثبت ،وعند الشافعى : لا يثبت .

ولقب المسألة أن لبن الفحل هل يحرم أم لا ؟ وبيانه أن المرأة إذا أرضعت طفلا ، فإنها تحرم عليه ،و[4] صارت أما له ، وصاحب اللبن صار أبا له ، فإن كان المرضَع أنثى ، تحرم على صاحب اللبن ، لكونها بنتا له ، وإن كان ذكرا تحرم المرضعة عليه ، لكونه ابنا له .

وأولاد المرضعة ، من صاحب اللبن ،إخوة وأخوات المرضَع لأب. وأم وأولاد المرضعة من غير صاحب اللبن إخوة وأخوات له لأم[5] ، وأولاده[6] من غير المرضعة إخوة وأخوات له لأب .

وكذلك الحكم فى أولاد الأولاد من الجانبين .

وأمهات المرضعة جداته من قبل الأم ،وأمهات صاحب اللبن جداته من قبل الأب ،

وإخوة المرضعة وأخواتها أخواله وخالاته ، وإخوة صاحب اللبن وأخواته أعمامه وعماته،وبنات الأخوال والخالات والأعمام والعمات[7]

---

(١) فى ا و ب و حـ : « فالتحريم » .

(٢)و(٣)فى ا و ب : « المرأة ... الرجل » .

(٤) « تحرم عليه و » ليست فى ا و ب و حـ . ففيها : « فإنها صارت أما للمرضع » .

(٥) « وأولاد المرضعة ... لأم » من حـ . وهى فى ا و ب مع خلاف لفظى يسير .

(٦) فى ا و حـ : « وأولاد صاحب اللبن » . وفى ب : « وأولاد صاحبة اللبن » .

(٧) « والعمات » ليست فى حـ .

من الرضاع حلال، كما فى النسب .

ولا يجوز للمرضَع أن يتزوج بمن أرضعته المرضعة من الإناث ، لأنهن أخواته ، لكونهن بنات لها من جهة الرضاع .

وأصل ذلك أن كل اثنين اجتمعا على ثدى واحد فهما أخوان أو[1] أختان ، أو أخ وأخت[2] .

وعلى هذا لو كان لرجل امرأتان فحبلتا منه ، وأرضعت كل واحدة[3] منهما ، صغيرا أجنبيا ، فقد صارا أخوين لأب[4] ، فإن كانت إحداهما أنثى ، لم يجزلها[5] أن تتزوج بالآخر ، لأنه أخوها من أبيها ، وإن كانا اثنين[6] لم يجز لرجل واحد أن يجمع بينهما ، فى النكاح ، لأنهما أختان لأب .

وقد ذكرنا تفسير حرمة الرضاع بسبب الصهرية فى كتاب النكاح فلا نعيده[7] .

ثم الرضاع المحرم ما كان فى حال الصغر . فأما رضاع الكبير:<ف> لا يتعلق به التحريم .

وأصله قوله عليه السلام : « الرضاع ما أنبت اللحم وأنشز العظم » .

---

(١) الهمزة من ب . فى غيرها : « و » .

(٢) « أو اخ وأخت » من ب .

(٣) التاء من ا و ب و ح .

(٤) « لأب » ليست فى ا .

(٥) كذا فى ا و ب و ح . وفى الأصل : « لأحدهما » .

(٦) فى ب : « وإن كانتا بنتين » .

(٧) راجع فيما تقدم ص ١٨٤ ـ ١٨٥ .

واختلف أصحابنا فى الحد الفاصل :

قال أبو حنيفة : يثبت حكم الرضاع فى الصغير إلى ثلاثين شهرا ، فما ارتضع بعد ذلك لم يتعلق به التحريم[١] .

وقال أبو يوسف ومحمد : إلى الحولين ـ وهو قول الشافعى[٢] .

وقال زفر : إلى[٣] ثلاث سنين ـ والمسألة معروفة .

ولو فطم الصبي، فى مدة الرضاع، ثم أرضع، بعد الفصال[٤]، فى المدة ـ اختلفت الروايات فيه عن أصحابنا :

روى محمد عن أبى حنيفة أن ما كان من الرضاع إلى[٥] ثلاثين شهرا، قبل الفطام أو بعده : فهو رضاع محرم .

وروى الحسن[٦] عن أبى حنيفة أنه قال : إذا فطم ، فى السنتين، حتى استغنى بالطعام[٧] ثم ارتضع، بعد ذلك، فى السنتين أو الثلاثين شهرا[٨] : لم يكن ذلك رضاعا[٩]، لأنه لا رضاع بعد فطام تام . وإن هى فطمته، فأكل أكلا ضعيفا لا يستغنى به عن الرضاع[١٠]، ثم عاد فأرضع فى

(١) فى ا و ب : « حكم » . وفى حـ : « لا يتعلق به حكم » .
(٢) « وهو قول الشافعى » ليست فى حـ .
(٣) « إلى » ليست فى حـ .
(٤) أى بعد الفطام (راجع القاموس) .
(٥) « إلى » ليست فى حـ . وفى ا و ب : « فى » .
(٦) « الحسن » ليست فى حـ .
(٧) فى ا : « بالفطام » .
(٨) « شهرا » من ا و ب و حـ .
(٩) فى ا و حـ : « رضاعا محرما » .
(١٠) « لأنه لا رضاع ... عن الرضاع » ليست فى ب .

الثلاثين[١]: فهو رضاع يحرم، كرضاع الصغير الذى لم يفطم.

وروى محمد وأصحاب الإملاء عن أبي يوسف أنه إذا فطم قبل الحولين، ثم ارتضع فى بقية الحولين: فهو رضاع محرم، وهو مذهب محمد، وكان لا يعتد بالفطام قبل[٢] الحولين.

وروى الحسن عن أبي يوسف أنه اذا أرضع[٣]، بعد الفطام، فى الحولين[٤]: لم يكن رضاعا.

• • •

ثم عندنا: قليل الرضاع وكثيره سواء، فى حال الصغر، فى التحريم.

وقال الشافعى: لا يثبت التحريم إلا بخمس رضعات.

والصحيح قولنا، لقوله تعالى: «وأمهاتكم اللاتى أرضعنكم (الآية)»[٥] من غير فصل.

• • •

وكذا عندنا: تثبت حرمة الرضاع بلبن الميتة[٦].

---

(١) فى حـ: «ثم عاد فأرضع كما كان يرضع أولا فى الثلاثين». وفى ا و ب: «ثم عاد فرضع كما رضع أولا فى الثلاثين».

(٢) فى ا و ب و حـ: «بعد».

(٣) فى حـ: «ارتضع».

(٤) فى ا: «فى حولين».

(٥) سورة النساء: ٢٣ وهى كما يأتى: «حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم وأخواتكم وعماتكم وخالاتكم وبنات الأخ وبنات الأخت وأمهاتكم اللاتى أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة وأمهات نسائكم وربائبكم اللاتى فى حجوركم من نسائكم اللاتى دخلتم بهن فإن لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم، وأن تجمعوا بين الأختين إلا ما قد سلف إن الله كان غفورا رحيما».

(٦) التاء من ا و ب و حـ.

وعند الشافعي : لا يقع به التحريم . لكونه نجسا .

• • •

وإذا وصل اللبن إلى جوف الصبي ، لا من الثدي ، بأن أوجر[١] أو أسعط[٢] - تثبت الحرمة ، لأن الوَجُور[٣] يصل إلى الجوف ، والسَّعُوط[٤] يصل إلى الجوف أيضا .

ولو حقن الصبي باللبن : ذكر الكرخي وقال : لم يحرم ، ولم يحك خلافا .

وروى عن محمد أنه يحرم ، كما يقع به الإفطار .

أما إذا أقطر في الأذن : لم يثبت التحريم ، لأنه لم[٥] يعلم وصوله إلى الجوف .

وكذا إذا أقطر في إحليله ، لهذا المعنى .

وكذلك لو أقطر في جائفة[٦] أو آمة[٧] ، لما ذكرنا .

• • •

ولو اختلط اللبن بغيره - فهذا على وجوه :

---

(١) في المصباح : الوَجُور : الدواء يصب في الحلق . وأوجرت المريض إيجارا ، فعلت به ذلك .

(٢) في المصباح : السَّعوط : دواء يصب في الأنف . وأسعطته الدواء ، يتعدى إلى مفعولين ، واستعط زيد .

(٣) في ا و ب : « بالوجور » . انظر الهامش قبل السابق .

(٤) في ا و ب و حـ : « وبالسعوط » . انظر الهامش قبل السابق .

(٥) في ب و ا : « لا » .

(٦) الجائفة هي الجراحة التي تصل إلى البطن من الصدر أو الظهر أو البطن (الشلبي على الزيلعي ٦ : ١٣٢) وسيأتي الكلام عليها في الجزء الثالث عند الكلام على القصاص فيما دون النفس .

(٧) الآمة هي الشجة التي تصل إلى أم الدماغ وهي جلدة تحت العظم فوق الدماغ (الزيلعي ، ٦ : ١٣٢) . وسيأتي الكلام عليها في الجزء الثالث عند الكلام على الديات فيما دون النفس .

إن اختلط بالطعام ، ومسته النار ، حتى نضج وطبخ : لم يتعلق به الحرمة ، فى قولهم جميعا(١) ، لأنه تغير ، بالطبخ مع غيره ، عن طبعه وصفته .

وإن اختلط به الطعام ، ولم تمسه النار(٢) :فإن كان الطعام هو الغالب: لم يثبت به(٣) التحريم ، لأنه زال قوة اللبن وصار اللبن كالعدم .

وإن كان اللبن غالبا للطعام(٤) ،وهو طعام ظاهر(٥) يعتد(٦) به : قال أبو حنيفه : لا يقع به التحريم . وقال أبو يوسف ومحمد : يحرم اعتبارا للغالب - فأبو حنيفة يقول إنه يضعف معنى اللبن ، ويزول قوته ، حتى يصير اللبن رقيقا ضعيفا يعرف بالمشاهدة .

وإن اختلط اللبن(٧) بالدواء أو الدهن أو النبيذ : فإن كان اللبن غالبا: يحرم ، وإن كان الدواء غالبا:لا يحرم ، ويعتبر الغلبة ، بالإجماع ، لأن قوة اللبن باقية .

وإن اختلط اللبن(٨) بالماء : فإن كان اللبن غالبا: يقع به التحريم . وإن

---

(١) « جميعا » من ا و ب و حـ .

(٢) كذا فى ا و ب و حـ . وفى الأصل : « بالنار » .

(٣) « به » من ا و ب و حـ .

(٤) فى ا و ب : « على الطعام » .

(٥) كذا فى ب و حـ . وفى الأصل و ا : « طاهر » .

(٦) فى حـ : « يتغذا به » . وفى ب : « متغذ به » . وفى ا : « معتد به » .

(٧)و(٨) « اللبن » من ا و ب و حـ .

كان الماء غالبا: لا يقع به التحريم، اعتبارا للغالب[(١)] .

وقال الشافعى : إذا أقطر من اللبن[(٢)] خمس رضعات ، فى جب ماء[(٣)]، فشرب منه الصبي[(٤)]: تثبت[(٥)] الحرمة .

وإن اختلط اللبن بلبن شاة : تعتبر الغلبة أيضا ، لأن لبن الشاة لا يؤثر فى زوال قوة لبن الآدمية .

وأما إذا اختلط لبن امرأتين ـ فروى عن أبى حنيفة وأبى يوسف أن الحكم للأغلب، فيثبت به التحريم ،دون الآخر . وقال محمد وزفر: يثبت التحريم منهما[(٦)] ،احتياطا فى باب الحرمة. وهما يقولان : إن المغلوب لا عبرة به فى الشرع .

• • •

ولو طلق امرأته طلاقا بائنا ، ولها منه لبن : فما دامت فى العدة ، أو بعد التزوج بغيره[(٧)] قبل ظهور الحبل، لو[(٨)] أرضعت صبيا ، فإن التحريم يثبت من الزوج الأول ،لأن اللبن له. فأما إذا حبلت من الزوج الثانى، فأرضعت صبيا :قال أبو حنيفة :التحريم للأول[(٩)] دون الثانى، حتى تضع ،

---

(١) «لا يقع به ... الغالب» من ا و ب و حـ .

(٢) فى ا و ب و حـ : «من الثدى» .

(٣) «ماء» ليست فى ب . وفى ا : «من ماء» .

(٤) فى حـ : «الصغير» .

(٥) فى ب : «تثبت به» .

(٦) فى ب و حـ : «بهما» .

(٧) «بغيره» من ب و ا . وفى حـ كذا : «بعد الزوج وبغيره» .

(٨) فى ب : «أو» .

(٩) فى ب و ا : «من الأول» .

فإذا وضعت :يكون التحريم للثانى، دون الأول.

وقال[١] أبو يوسف : إذا نزل لها اللبن من الثانى ، فالتحريم للثانى ، وبطل الأول .

وروى الحسن عنه أنها إذا حبلت فاللبن للثانى .

وقال محمد : إذا نزل لها لبن ، فالتحريم للزوجين ، فإذا وضعت ، فالتحريم للثانى لا غير[٢]ـ وهى مسألة المبسوط[٣].

. . .

هذا الذى ذكرنا حكم الرضاع المقارن للنكاح[٤]ـ فأما **الرضاع الطارىء على النكاح** : فإنه يبطله ، لأنه يوجب حرمة مؤبدة ـ بيانه :

ـــ إذا تزوج الرجل صغيرة، فأرضعتها أمه : حرمت عليه ، لأنها صارت أختا له بالرضاع .

ـــ ولو تزوج رجل صغيرتين رضيعتين، فجاءت امرأة وأرضعتهما معا ، أو واحدة بعد الأخرى، صارتا أختين من الرضاعة ، وحرمتا عليه ، وبطل نكاحهما[٥]، لأن الجمع بين الأختين يستوى فيه الابتداء والبقاء ، ويجب على الزوج لكل واحدة من الصغيرتين[٦] نصف المهر ، لأن الفرقة

---

(١) فى ب :« وروى » . وفى حـ :« قال » .

(٢) « لا غير » ليست فى ب .

(٣) انظر الكاسانى ، ٤ : ١٠ : ١٥ وما بعده .

(٤) « للنكاح » من ا و ب و حـ .

(٥) فى ا :« نكاحها » .

(٦) فى ا :« لكل واحد من الصغيرين » .

وقعت قبل الدخول بهما[١] من غير فعلهما[٢] .

ثم ينظر : فإن كانت المرضعة تعمدت الفساد: رجع عليها[٣] الزوج بما غرم من نصف المهر ، وإن كانت لم تتعمد:لم يرجع .

وقال الشافعي : يضمن مهر المثل فى الوجهين جميعا[٤] .

والصحيح قولنا،لأن فعلها سبب الحرمة،لاعتدائها[٥] ،وإنما يكون السبب تعديا بقصد الفساد ، أما بدون قصد الفساد فليس[٦] بتعد ، كحفر البئر على قارعة الطريق ، وحفر البئر فى ملك نفسه .

وإذا ثبت أن الرضاع محرم ، فإنما يعرف بالإقرار[٧] ، أو بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين.أما لا يثبت بشهادة الرجل الواحد ، ولا بشهادة النساء وحدهن ، لأن هذا مما يطلع عليه الرجال ، فإن النظر إلى[٨] ثدى المرأة جائز[٩] فى الجملة[١٠] .

---

(١) كذا فى ا و ب و حـ . وفى الأصل : « بها » .

(٢) فى ا : « فعلها » .

(٣) « عليها » ليست فى ب .

(٤) « جميعا » ليست فى ب و ا .

(٥) كذا فى ب و حـ . وفى ا : « لاعتدائها » . وفى الأصل : « لا عابها » .

(٦) الفاء من حـ .

(٧) فى ب : « بالإقرار من الزوج » .

(٨) « إلى » ساقطة من حـ .

(٩) فى ب : « حلال » .

(١٠) زاد فى ب و ا : « والله تعالى أعلم بالصواب » .

باب

العدة

العدة[1] أنواع ثلاثة : عدة الوفاة ، وعدة الطلاق ،وعدة الوطء .

أما عدة الوفاة:

< ف > فى حق[2] **الحرة** أربعة أشهر وعشرا ، صغيرة كانت أو كبيرة ، دخل بها زوجها أو لم يدخل ، حرا كان زوجها أو عبدا .

وهذه العدة لاتجب إلا فى نكاح صحيح ، لقوله تعالى : «والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا (الآية) »[3] من غير فصل ، ومطلق اسم الزوج لايقع على المتزوج نكاحا فاسدا[4] .

وأما فى حق **الزوجة الأمة** : فشهران وخمسة أيام ، كان[5] زوجها حرا أو عبدا ، لأن العدة تتنصف بالرق وتتكامل بالحرية[6] ، ويعتبر فيها جانب النساء دون الرجال ، بالإجماع .

وإن كانت **الزوجة حاملا** :فانقضاء عدتها بوضع حملها ، إذا كان تاما ،

---

(١) فى حـ :« قال رحمه الله: العدة » .

(٢) فى حـ :« فى الحرة » .

(٣) البقرة : ٢٣٤ :« والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا فإذا بلغن أجلهن فلا جناح عليكم فيما فعلن فى أنفسهن بالمعروف والله بما تعملون خبير » .

(٤) فى ب و ا : « ومطلق اسم الزوج يقع على المتزوج نكاحا صحيحا » .

(٥) فى ا و ب و حـ: « إن كان » .

(٦) « وتتكامل بالحرية » من ب . وفى حـ : « ويتكمل بالحرية » . وفى ا : « ويتكامل بالحرة » . وانظر فيما بعد ص ٣٦٧ .

أو سقطا مستبين الخلق ، كله[١] أو بعضه ، قصرت المدة أو طالت .

وعند على رضى الله عنه : عدتها أبعد الأجلين .

والصحيح قول عامة العلماء ، لظاهر[٢] قوله تعالى : « وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن »[٣] ، والنص مطلق ، وهو آخرهما نزولا ، على ما روى عن ابن مسعود أنه قال : « من شاء باهلته[٤] أن سورة النساء القُصْرَى[٥] نزلت بعد التى فى سورة البقرة » .

وأما عدة الطلاق :

فثلاثة[٦] قروء فى حق ذوات الأقراء ، إذا كانت حرة[٧] و[٨] .

---

(١) « كله » ليست فى ح و ا ، و « كله أو بعضه » ليست فى ب .

(٢) فى ب : « لقوله » .

(٣) سورة الطلاق : ٤ : « واللائى يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللائى لم يحضن وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن ومن يتق الله يجعل له من أمره يسرا » .

(٤) أى لاعنته — من البُهْلة وهى اللعنة . وبَاهَل بعضهم بعضا وتَبَهَّلوا وتباهلوا : تلاعنوا (القاموس) . وقد أورد فى المغرب العبارة عن ابن مسعود وقال : « ويروى : لاعنته ، وذلك أنهم كانوا اذا اختلفوا فى شىء ، اجتمعوا وقالوا : بهلة الله على الظالم منا » .

(٥) كذا فى ا . وفى المغرب وفى الأصل و ح : « القصوى » . وفى القاموس المحيط : « وسورة النساء القُصْرَى سورة الطلاق » .

(٦) الفاء من ا و ب و ح .

(٧) فى ب كذا : « ... حرة ، وفى حق الآيسة والممتد طهرها من جملة ذوات الأقراء فعدتها بالأشهر ، وفى حق الآيسة ... »

(٨) القَـرء بالضم والفتح . ويجمع على أقراء وقُروء . من الأضداد : يقع على الحيض وإليه ذهب أبو حنيفة وأهل العراق ، وعلى الطهر وإليه ذهب الشافعى وأهل الحجاز . وهو فى الأصل الوقت . وإنما قيل للحيض والطهر قرء لأنهما يجيئان فى الوقت — يقال : هبت الريح لقرئها أى لوقتها (راجع المغرب) .

وفى حق الآيسة ، والصغيرة ، والتى لا تحيض بعد ثلاثين سنة : ثلاثة أشهر[١] إذا كان بعد الدخول بها[٢] ، أو بعد الخلوة الصحيحة ، فى النكاح الصحيح[٣] ، لأنها توجب كمال المهر ، فتوجب كمال العدة ، بطريق الأولى ، احتياطا .

وأما الخلوة الصحيحة فى النكاح الفاسد : <ف> لا توجب العدة[٤] ، ولا كمال المهر ، لأن التسليم لا يجب عليها ، فلا[٥] تقام الخلوة مقامه .

وأما الخلوة الفاسدة فى النكاح الصحيح : <ف> إن كان يمكنه[٦] الوطء مع المانع ، كالحيض والإحرام ونحو ذلك ، يجب كمال العدة[٧] ، دون كمال المهر ، لأنهما يتهمان فى العدة التى هى حق الشرع . وإن كان لا يمكنه[٨] الوطء مع المانع حسا ، كالمريض أو المريضة التى لا يقدر[٩] الوطء منهما[١٠] ، أو الصغير أو الصغيرة التى لا يتصور الجماع منهما[١١] ، فلا عدة ، لأنهما لا يتهمان ، ولم يوجد التسليم الذى < أوجب > العدة[١٢] .

---

(١) « ثلاثة أشهر » ليست فى ا . وفى حـ : « والتى لا تحيض تعتد بثلاثة أشهر » .

(٢) « بها » من ا و حـ .

(٣) « الصحيح » ليست فى حـ .

(٤) فى حـ : « كمال العدة » .

(٥) فى حـ : « ولا » .

(٦) فى حـ : « يمكن » .

(٧) فى ا : « كمال المهر » .

(٨) فى ا و ب و حـ : « لا يمكن » .

(٩) فى ا و ب و حـ : « التى تعذر » .

(١٠) فى ب : « معها » ، وفى ا : « منها » .

(١١) فى ا : « منها » .

(١٢) فى الأصل : « أوجبت العدة » . وفى ا و ب و حـ : « الذى أوجبه العقد » .

وإن كانت الزوجة مملوكة للغير، فعدتها حيضتان إن[1] كانت من ذوات الأقراء، وإن لم تحض فشهر ونصف.

ولا تجب عدة الطلاق قبل الدخول.

والحكم في الخلوة الصحيحة ما ذكرنا.

وأما أم الولد إذا أعتقت، أو مات سيدها ـ فعدتها ثلاث حيض، عندنا.

وعند الشافعي: بقرء واحد.

وأصله قوله تعالى: «والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء»[2]. وقال الله تعالى: «واللائي يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللائي لم يحضن»[3]. وقال: «يا أيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها»[4].

وأما في حق **الحامل**: فعدتها وضع الحمل، لا[5] خلاف في المطلقة، لظاهر قوله: «وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن»[6]. وقال عليه السلام: «طلاق الأمة ثنتان[7] وعدتها حيضتان». وقال عمر رضي الله عنه: «طلاق الأمة

---

(١) في حـ: «ولئن».

(٢) البقرة: ٢٢٨.

(٣) الطلاق: ٤ ـ وقد قدمنا نصها في الهامش ٣ ص ٣٦١.

(٤) الأحزاب: ٤٩: وبقية الآية: «فمتعوهن وسرحوهن سراحا جميلا».

(٥) في حـ: «بلا».

(٦) الطلاق: ٤ ـ وقد قدمنا نص الآية كاملا في الهامش ٣ ص ٣٦١.

(٧) في ب: «طلقتان».

تطليقتان . وعدتها حيضتان ، ولو استطعت لجعلتها حيضة ونصف »[١] .

وأما عدة الموطوءة :

وهى[٢] التى وطئت بالنكاح الفاسد ، أو شبهة عقد . أو شبهة ملك ، أو كانت أم ولد ، فأعتقها مولاها، أو مات عنها[٣]: فثلاث حيض ، أو ثلاثة أشهر ، أو وضع الحمل ، لأنها ملحقة بالمنكوحة شرعا[٤] .

• • •

ولو طلق الرجل امرأته فى مرضه الذى مات فيه ، ثلاثا ، أو طلاقا بائنا ، ثم مات قبل أن تنقضى عدتها ، فورثت : اعتدت بأربعة أشهر وعشرا ، فيها ثلاث حيض عند أبى حنيفة ومحمد ، وقال أبو يوسف: عدتها[٥] ثلاث حيض .

وكذلك امرأة المرتد : يجب عليها العدة ، وترث[٦] من المرتد ، على[٧] هذا الخلاف ، فى إحدى الروايتين .

وإن كان الطلاق رجعيا ، فى صحة أو مرض ، فعدتها أربعة أشهر وعشرا ، وبطل عنها الحيض فى قولهم[٨] ، لأن الزوجية باقية .

---

(١) « وقال عليه السلام ... ونصف » من ا و ب و حـ .

(٢) « وهى » من ا و ب و حـ .

(٣) « أو كانت ... عنها » من ا و ب و حـ .

(٤) « وأما عدة الموطوءة ... بالمنكوحة شرعا » وردت فى ا و ب و حـ بعد عدة سطور تنتهى بقوله : « وذكر الكرخى ... فعدتها الشهور فى قولهم » .

(٥) كذا فى ا و حـ . وفى الأصل و ب : « عليها » .

(٦) فى ب : « عليها العدة إذا ورثت من المرتد » .

(٧) فى ا و حـ : « فعلى » .

(٨) فى حـ : « فى قولهم جميعا » .

وموت الزوج يوجب[١] عدة الوفاة.

وإذا مات الصبي عن امرأته، وهي حامل، فعدتها أن تضع حملها، عند أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف: عدتها أربعة أشهر وعشرا.

والصحيح قولهما، لظاهر قوله تعالى: «وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن»[٢].

وذكر الكرخي[٣]: فإن مات وهي غير حامل[٤]، ثم حملت بعد موته، قبل انقضاء المدة: فعدتها الشهور في قولهم[٥].

• • •

ثم في حق من كانت عدته بالشهور، كيف يعتبر الشهر؟ بالأيام أو بالأهلة؟ فنقول:

جملة هذا أن الوفاة أو الطلاق إذا اتفق في غرة الشهر: اعتبرت الشهور بالأهلة، وإن نقصت عن العدد ـ في قول أصحابنا جميعا[٦].

فأما إذا حصل في بعض الشهر: <ف> قال أبو حنيفة: يعتبر بالأيام، فتعتد في الطلاق تسعين يوما، وفي الوفاة مائة وثلاثين يوما.

وقال محمد: تعتد[٧] بقية الشهر بالأيام، ثم تعتد شهرين بالأهلة،

---

(١) في حـ: «موجب عليها».
(٢) الطلاق: ٤. راجع الهامش ٣ ص ٣٦١.
(٣) زاد هنا في حـ: «وقال».
(٤) في ا و ب و حـ: «وهي حايل».
(٥) في حـ: «في قولهم جميعا».
(٦) «جميعا» من ا و حـ.
(٧) في ا و ب: «يعتبر».

وتكمل الشهر الأول من الشهر الثالث بالأيام .

وعن أبي يوسف روايتان : في رواية مثل قول أبي حنيفة . وفي رواية مثل قول محمد ــ وهو قوله الأخير .

وأصله قوله عليه السلام : « الشهر هكذا وهكذا »[١] وأشار بأصابع يديه ثلاثا[٢] وخَنَس[٣] إبهامه[٤] في الثالث ، فكان الأصل هو الأهلة عند الإمكان ، وعند التعذر يصار إلى الأيام .

• • •

ثم العدتان يتداخلان عندنا[٥] ، سواء كانتا من جنس واحد ، أو من جنسين مختلفين[٦] .

وقال الشافعي : لا يتداخلان ، بل يجب أن تمضي في العدة الأولى ، فإذا انقضت استأنفت الأخرى .

وصورة المسألة أن المطلقة إذا مضى بعض عدتها ، وتزوجت في عدتها ، فوطئها الزوج ، ثم تاركها[٧] ، فإنه يجب عليها عدة أخرى ويتداخلان[٨] .

وكذا إذا كانتا من جنسين ، بأن كان المتوفى عنها زوجها : إذا وطئت بشبهة : تداخلت أيضا .

• • •

---

(١) في حـ : « الشهر هكذا وهكذا وهكذا » .

(٢) « ثلاثا » ليست في حـ .

(٣) خَنَس إبهامه قبضها (القاموس) . وفي ا و ب و حـ : « وحبس » .

(٤) كذا في ا ب و حـ . وفي الأصل : « إبهامه » .

(٥) في ا و ب و حـ : « عند أصحابنا » .

(٦) « مختلفين » ليست في ا و ب و حـ .

(٧) في ا و ب : « تتاركا » . وفي حـ : « تداركا » .

(٨) في ب : « وتتداخل » .

و يعتبر ما ترى من الحيض فى الأشهر من عدة الوطء – وهى مسألة معروفة.

. . .

ثم العدة معتبرة بالنساء: تنتصف برقها، وتتكامل بحريتها، بالإجماع[١] – وإنما الخلاف فى الطلاق.

. . .

ثم ما عرفت من الجواب فى حق المسلمة، فهو الجواب فى حق الكتابية إذا كانت تحت مسلم، لأن العدة فيها حق الشرع وحق الزوج والولد، فإن لم تكن مخاطبة بحق[٢] الشرع، فمخاطبة[٣] بإيفاء حق الزوج والولد.

وأما الذمية[٤] تحت ذمى – فلا عدة عليها فى موت ولا فرقة، عند أبى حنيفة، إذا كان فى دينهم كذلك[٥]، إلا أن تكون حاملا، فلا يجوز نكاحها.

وقال أبو يوسف[٦]: عليها العدة، لجريان أحكام الإسلام[٧] عليهما[٨]، بسبب الذمة.

وأبو حنيفه يقول: إنها غير[٩] مخاطبة بحق[١٠] الشرع، والزوج لا يعتقد العدة حقا لنفسه، فلم تجب لحقه.

أما إذا كانت حاملا: <ف> تمنع[١١] من التزويج[١٢]، حقا للولد، حتى

---

(١) راجع فيما تقدم ص ٣٦٠

(٢) فى ا و ب: «لحق».

(٣) «مخاطبة بحق الشرع فمخاطبة» ليست فى حـ.

(٤) زاد هنا فى ب: «التى».

(٥) فى ب: «ذلك».

(٦) فى حـ: «أبو يوسف ومحمد»

(٧) فى حـ: «أحكام الشرع».

(٨) فى ا و ب و حـ: «عليها».

(٩) «غير» ليست فى حـ.

(١٠) فى ا: «لحق».

(١١) فى حـ: «لا تمنع».

(١٢) فى ا و ب و حـ: «التزوج».

لا يختلط النسب ، فيضيع الولد[1] .

• • •

ثم[2] **في النكاح الفاسد** : إذا وقعت الفرقة ، بعد الوطء ، بتفريق القاضي ، أو بمتاركتها - فإنه تعتبر العدة من وقت التفريق ، لا من وقت الوطء ، عندنا ، خلافا لزفر : فإنه يعتبر من آخر وطئة وطئها .

والصحيح قولنا ، لأن النكاح الفاسد موجود من وجه ، وهو ملحق بالثابت من كل وجه ، في حق الأحكام ، فلا بد من التفريق حتى تجب العدة .

• • •

وإذا كان الزوج غائبا ، فطلق امرأته أو مات عنها ، **والمرأة لا تعلم** بذلك ، حتى مضت مدة العدة ، فإنه تنقضى[3] العدة ، وتعتبر[4] من وقت الطلاق . والعلم ليس بشرط لمضي العدة ، فإنها أجل وضع[5] لبراءة الرحم ، وإنه يحصل بلا علم .

• • •

وأما **الممتد طهرها** ، فعدتها بالأقراء ، ولا تنقضى بالشهور ، ما لم تدخل في حد[6] الإياس[7] ، لأنها من ذوات الأقراء في الجملة[8] .

---

(١) « الولد » ليست في ا و حـ .

(٢) « ثم » ليست في حـ .

(٣) كذا في ب و ا . وفي حـ : « ينتفى » . وفي الأصل : « يتفى » .

(٤) في الأصل و ا و ب و حـ : « ويعتبر »

(٥) كذا في ا و ب و حـ . وفي الأصل : « ومضت » .

(٦) في ب كذا : « في حق » .

(٧) في حـ : « الآيس » . والإياس أن تبلغ المرأة من السن ما لا يحيض في مثلها (انظر السرخسي ، المبسوط ، ٥ : ٢٧) .

(٨) زاد في ب و ا : « والله تعالى أعلم » .

باب

مايجب على المعتدة

المعتدة[1] إما إن كانت عن طلاق، أو عن وفاة.

فإن كانت عن طلاق ـ ينبغى لها[2] أن لا تخرج من بيتها ليلا ولا نهاراً، بل يجب عليها السكنى فى البيت الذى تسكن فيه[3]، وأجر السكنى والنفقة على الزوج.

وأصله قوله تعالى: «ولاتخرجوهن من بيوتهن، ولايخرجن. إلا أن يأتين بفاحشة مبينة»[4].

وأما المتوفى عنها زوجها ـ فلا بأس بأن تخرج بالنهار فى حوائجها، ولا تبيت فى غير منزلها، الذى تعتد فيه، لأن نفقتها عليها، فتحتاج إلى الخروج، لإصلاح أمرها.

وعن محمد: لابأس بأن تبيت فى غير بيتها، أقل من نصف الليل، لأن البيتوتة عبارة عن السكون[5] فى المكان أكثر الليل فى العرف.

• • •

(١) فى حـ: «قال رحمه الله: المعتدة».

(٢) «لها» ليست فى ب و ا.

(٣) «فى البيت الذى تسكن فيه» ليست فى ا و حـ.

(٤) الطلاق: ١: «يا أيها النبى إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن وأحصوا العدة واتقوا الله ربكم لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة وتلك حدود الله ومن يتعد حدود الله فقد ظلم نفسه لا تدرى لعل الله يحدث بعد ذلك أمرا».

(٥) فى ا و حـ: «الكون».

ثم منزلها الذى تؤمر بالسكنى ، والاعتداد فيه ، هو الموضع الذى كانت تسكنه ، قبل مفارقة الزوج ، وقبل موته ، سواء كان الزوج ساكناً فيه أو لم يكن ، لأن الله تعالى أضاف البيت إليها ، والبيت المضاف إليها هو الذى تسكنه .

ولهذا قال أصحابنا : إنها[١] إذا زارت أهلها ، فطلقها زوجها ، كان عليها أن تعود إلى منزلها الذى كانت[٢] تسكن فيه ، فتعتد هنالك[٣] .

فإن اضطرت إلى الخروج ، فلا بأس بذلك ، مثل أن تخاف سقوط البيت وانهدامه ، أو تخاف أن يغار على متاعها ، أو أن يكون بأجرة ولا تجد ماتؤديه فى أجرته[٤] فى عدة الوفاة ، فإن كانت تقدر على الأجرة ، فلا تنتقل .

وإن كان المنزل لزوجها ، وقد مات عنها[٥] ، فلها أن تسكن فى نصيبها إن كان نصيبها[٦] يكفيها فى السكنى ، ولكن تستتر عن سائر الورثة ممن ليس بمحرم لها . فأما إذا كان نصيبها لا يكفيها ، أو خافت على متاعها منهم : فلها أن تنتقل ، ويكون ذلك عذراً ، والسكنى وجبت[٨] حقاً لله تعالى عليها ، فيسقط بالعذر ، كسائر العبادات .

---

(١) « والبيت المضاف ... أصحابنا : إنها » من ا و ب و حـ .
(٢) « كانت » ليست فى ب .
(٣) فى ب : « فيه » .
(٤) كذا فى ب و ا والكاسانى (٣ : ٢٠٥ : ٢ من أسفل) . وفى الأصل : « ماتؤدى أجرته » . وفى حـ : « ما تؤديه من اجرته » .
(٥) « عنها » من ا و ب و حـ .
(٦) « إن كان نصيبها » من ا و ب و حـ .
(٧) فى ب : « لا يكفيها فى السكنى » .
(٨) التاء من ب و ا .

وكذلك المُسَافَرَة: حرام أيضاً للمطلقة[١] ، سواء كان سفر حج ، فرض[٢] أو غيره ، مع زوجها أو محرم[٣]، حتى تنقضى عدتها ، لأن السفر خروج مديد ، إلا أن فى المطلقة طلاقاً رجعياً : للزوج أن يسافر بها إذا راجعها . وقال زفر : لزوجها أن يسافر بها[٤]، وهذا بناء على أن المسافرة بها مراجعة عند زفر ، وعندنا ليس بمراجعة . فأما لاخلاف أن الخروج فى حال[٥] العدة حرام عليها .

ولو خرجت المرأة مع زوجها فى سفر غير سفر الحج ، ثم طلقها فى بعض الطريق: إن كان بينها وبين مصرها الذى خرجت منه أقل من ثلاثة أيام ، وبينها[٦] وبين مقصدها ثلاثة أيام ، فإنها ترجع إلى منزلها ، لأنه[٧] ليس فيها[٨] إنشاء السفر ، وفى ذلك إنشاء السفر . وإن كان فى كل جانب أقل من مدة السفر : كان لها الخيار ، لما ذكرنا .

وإن كان من كل جانب مدة السفر[٩] ينظر : إن كانت هى فى موضع يمكنها المقام فيه ، أقامت فى ذلك الموضع ، واعتدت ، ولا تمضى

---

(١) فى ح : « على المطلقة » .
(٢) فى ح : « أو فرض » .
(٣) فى ب و ا : « أو محرم غيره » . وفى ح : « أو مع محرم غيره » .
(٤) زاد فى ح هنا : « إذا راجعها » .
(٥) فى ب : « فى خلال » .
(٦) « وبينها » من ا . وفى ح : « بينها » .
(٧) فى ح : « دون » .
(٨) فى ح و ا : « فيه » .
(٩) فى ح : « فى كل جانب مدة سفر » .

عند أبي حنيفة رضي الله عنه،وإن وجدت محرماً[١] .

وعلى قولهما[٢]: إن لم يكن معها[٣]محرم ، فكذلك . وإن كان معها محرم،مضت على سفرها[٤] .

وإن كانت في موضع لا يصلح للإقامة ، وتخاف على نفسها ومالها : فإن شاءت مضت ، وإن شاءت رجعت ، لاستواء الأمرين ، لكن إذا بلغت إلى أدنى الموضع الذي يصلح للإقامة : فهو على هذا[٥] الخلاف الذي ذكرنا .

فإن أحرمت للحج ، وخرجت[٦] إلى سفر الحج ، مع محرم لها ، غير الزوج ، ثم طلقها الزوج ، أو مات ، فبلغها الخبر . وبينها وبين مصرها أقل من ثلاثة أيام : فإنها ترجع ، وتصير بمنزلة المحصر[٧] ،فإن راجعها زوجها ، بطلت[٨] العدة ، وتعود الزوجية ، فجاز لها السفر .

• • •

وأما الحداد[٩]:فيجب[١٠] على كل معتدة ، بالغة، عاقلة، مسلمة،حرة ،

(١) « وإن وجدت محرما » ليست في ا و حـ .
(٢) في حـ : « قولهم » .
(٣) « معها » ليست في حـ . وفي ب : « لها » . وفي ا : « بها » .
(٤) في ا : « سفرها » .
(٥) « هذا » من ب .
(٦) في ا و حـ : « فإن خرجت » .
(٧) راجع « الإحصار » حـ ا ص ٦٣٢ .
(٨) في ا و ب و حـ : « تبطل » .
(٩) قال في المغرب : « حداد المرأة ترك زينتها وخضابها وهو بعد وفاة زوجها لأنها منعت عن ذلك أو منعت نفسها عنه . وقد أحدت إحدادا ، فهي محد . وحدت تحد بضم الحاء وكسرها حدادا . والحداد أيضا ثياب المأتم السود » . وسيأتي تفسيره في المتن بعد قليل .
(١٠) الفاء من ا و حـ .

بانت من زوجها ، بواحدة أو ثلاث ، أو مات عنها زوجها[١] .

فإن كانت معتدة عن وفاة : يجب الإحداد ، بالإجماع .

وإن كانت عن طلاق، بائن أو ثلاث ، فكذلك ، عندنا . وعند الشافعي: لايجب الإحداد .

وأجمعوا أنه لايجب الإحداد[٢] على المطلقة ، طلاقاً رجعياً .

وأصله ما روى عن النبي عليه السلام أنه قال : « لايحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تَحُِد على ميت فوق[٣] ثلاثة أيام ، إلا على زوجها أربعة أشهر وعشرا[٤] » ـ والمبانة نظير المتوفى عنها زوجها في التحسر على مافات ، في الغالب ، فيجب الإحداد عليها .

ثم تفسير الإحداد هو الاجتناب عن جميع ما يتزين به النساء من الطيب ، ولبس الثوب المصبوغ ، والمطيب[٥] بالعُصْفُر والزَّعْفَرَان[٦] ، والاكتحال ، والادهان ، والامتشاط ، ولبس الحلي ، والخضاب ، ونحو ذلك ، إلا إذا لم يكن لها إلا ثوب مصبوغ ، فلا[٧] بأس بأن تلبسه ولا تقصد الزينة .

وقال في الأصل : ولا تلبس قصباً ولا خزاً تتزين به ، لأن هذا

---

(١) « أو مات عنها زوجها » ليست في ا و حـ .

(٢) « وأجمعوا أنه لايجب الإحداد » ليست في حـ .

(٣) في ا و ب و حـ : « أكثر من » .

(٤) في ب : « وعشرة أيام » .

(٥) « والمطيب » من ب . وفي ا و حـ : « الطيب » .

(٦) العُصْفُر صبغ أصفر اللون . والزَّعْفَرَان نبات أصفر الزهر له أصل كالبصل ويصبغ به (القاموس والمنجد) .

(٧) كذا في ا و ب و حـ . وفي الأصل : « ولا » .

مما يلبس للحاجة ، فيعتبر فيه القصد . فإن قصدت[١] الزينة : يكره ، وإن لم تقصد : فلا بأس[٢] .

. . .

هذا الذى ذكرنا حكم المعتدة ، البالغة ، العاقلة ، المسلمة ، الحرة ، فى النكاح الصحيح[٣] .

فأما الصغيرة ، والكتابية ، والأمة ، والمدبرة ، وأم الولد ، والمكاتبة[٤] ، و[٥] الموطوءة عن شبهة أو نكاح فاسد ، فليس عليهن السكنى ، ويباح لهن الخروج ، لأن السكنى حق الله تعالى ، والكافرة لاتخاطب به[٦] .

فأما الرقيقة[٧] : فلا[٨] يلزمها المقام فى منزل زوجها ، لقيام حق المولى فى الخدمة ، إلا إذا بوأها مولاها[٩] منزلاً . فحينئذ لاتخرج ، لأنه أسقط حق نفسه فى الخدمة[١٠] . فإن أراد المولى أن يخرجها فله ذلك ،

(١) « قصدت » ليست فى حـ .

(٢) زاد فى ب : « به » .

(٣) « فى النكاح الصحيح » ليست فى ا و حـ . أما فى ب فالعبارة هى : « ... العاقلة والمكاتبة الحرة المسلمة فى النكاح » . وسيأتى الكلام على المكاتبة بعد قليل . انظر الهامش التالى .

(٤) « والمكاتبة » ليست فى ب . راجع الهامش السابق .

(٥) الواو من ا و ب و حـ .

(٦) فى حـ : « والكافر لا يخاطب به » .

(٧) فى ا و ب و حـ : « فأما الزوجة الرقيقة » .

(٨) الفاء من ب و ا .

(٩) « مولاها » ليست فى حـ . وراجع فيما تقدم ص ٢٣٤ .

(١٠) « فى الخدمة » من ا و ب . وفى حـ : « أسقط حق نصيبه من الخدمة » .

لأنه أعار منفعة خدمته للزوج ، وللمعير أن يسترد العارية [١] .

وأما الكتابية :[٢] فلها أن تخرج إلا أن يحبسها الزوج ، لحقه[٣] فى عدتها ، لصيانة الماء[٤] ، فتكون السكنى حق الزوج[٥] . لأجل الولد[٦] .

وأما الصغيرة: فلها الخروج ، وليس للزوج منعها ، لأنه لا يلزمها حق الشرع ، ولا حق الزوج ، لأن حقه فى حفظها لصيانة الولد ، ولا يتصور الولد فى حقها[٧] .

وأما أم الولد إذا أعتقت ، أو مات سيدها : فلها أن تخرج[٨] ، لأن عدتها عدة الوطء .

وكذلك فى الوطء لشبهة[٩] ، أو عن نكاح فاسد: لها أن تخرج[١٠] ، لأن ذلك واجب فى النكاح الصحيح ، لا غير .

فأما الحداد :< ف > لا يجب على الصغيرة والكافرة ، لأنه ليس عليهما[١١] حق الله تعالى .

---

(١) فى حـ : « أن يرجع فى العارية » .
(٢) فى ب : « وأما المكاتبة » . راجع فيما تقدم الهامش ٣ ص ٣٧٤ وانظر فيما يلي الهامش ٥ .
(٣) كذا فى حـ . وفى ا و ب و الأصل : « لحفظها » .
(٤) « لصيانة الماء » ليست فى ا و ب و حـ .
(٥) فى ا و ب و حـ : « حق الولى » . راجع الهامش ٢ .
(٦) « لأجل الولد » ليست فى ا و ب و حـ .
(٧) « الولد فى حقها » ليست فى حـ .
(٨) « وأما أم الولد ... فلها أن تخرج » ليست فى حـ .
(٩) فى ا و ب و حـ : « عن شبهة » .
(١٠) « لها أن تخرج » ليست فى حـ .
(١١) كذا فى ب و ا . وفى الأصل و حـ : « عليها » .

فأما على الأمة ، والمدبرة ، وأم الولد ، والمكاتبة إذا كانت زوجته[١] : <ف> يجب[٢] الحداد ، لأنه عبادة بدنية ، وإنها لا تسقط بسبب الرق .

وفى عدة أم الولد بعد العتق والموت ، وفى العدة من نكاح فاسد : لا حداد[٣] أيضاً ، لأنه يجب لحرمة الزوجية ، ولم توجد[٤] .

• • •

ثم المعتدة إذا قالت « انقضت عدتى » فى مدة تنقضى بها العدة، غالباً، فإنها تصدق . لأنها أمينة . والقول قول الأمين، فيما لا يخالفه[٥] الظاهر ، بالإجماع .

ولو لم تعترف بانقضاء العدة: لا تنقضى، لاحتمال أنها تصير[٦] ممتدة الطهر .

فأما إذا أخبرت بانقضاء العدة فى مدة أقل من شهرين:

قال أبو حنيفة : لا يصدق فى أقل من شهرين[٧] .

وقال أبو يوسف ومحمد : يصدق فى تسعة وثلاثين يوماً[٨] .

---

(١) فى ب و ا : « إذا كانت زوجة » . وفى حـ : « إذا كانت زوجته » . وفى الأصل : « إذا كانت تحته زوج » .

(٢) « يجب » من ا ، وليست فى ب والأصل . وفى حـ : « لا يجب » .

(٣) فى ا و حـ : « لا إحداد » .

(٤) زاد هنا فى ب : « والله تعالى أعلم » .

(٥) فى ا و ب : « لا يخالف » .

(٦) « تصير » ليست فى حـ .

(٧) « فى أقل من شهرين » ليست فى ب . وانظر فيما يلى ٣٧٧ .

(٨) « وتخريج قول أبى يوسف ومحمد أنه يبدأ بالحيض ثلاثة أيام ثم بالطهر خمسة عشر يوما ثم بالحيض ثلاثة أيام ثم بالطهر خمسة عشر يوما ثم بالحيض ثلاثة أيام فذلك تسعة وثلاثون يوما . =

ولتخريج قول أبي حنيفة رحمه الله وجهان : أحدهما رواه محمد . والثاني رواه الحسن (١) و (٢) .

= وجه قولهما أن المرأة أمينة في هذا الباب ، والأمين يصدق ما أمكن ، وأمكن تصديقها هنا بأن يحكم بالطلاق في آخر الطهر فيبدأ بالمدة من الحيض فيعتبر أقله وذلك ثلاثة ثم أقل الطهر وهو خمسة عشر يوما ثم أقل الحيض ثم أقل الطهر ثم أقل الحيض فتكون الجملة تسعة وثلاثين يوما» .
(الكاساني ، ٣ : ١٩٨ - ١٩٩ ، وانظر أيضا الزيلعي ، ٢ : ٢٦٠) .

(١) « فتخريجه في رواية محمد أنه يبدأ بالطهر خمسة عشر يوما ثم بالحيض خمسة أيام ثم بالطهر خمسة عشر يوما ، ثم بالحيض خمسة أيام ثم بالطهر خمسة عشر يوما ثم بالحيض خمسة أيام فتلك ستون يوما .

وتخريجه على رواية الحسن أنه يبدأ بالحيض عشرة أيام ثم بالطهر خمسة عشر يوما ثم بالحيض عشرة أيام ثم بالطهر خمسة عشر يوما ثم بالحيض عشرة أيام فذلك ستون يوما .

فاتفق التخريج مع اتفاق الحكم .

وجه قول أبي حنيفة على تخريج محمد أن المرأة وإن كانت أمينة في الأقراء بانقضاء المدة لكن الأمين إنما يصدق فيما لا يخالفه الظاهر فأما فيما يخالفه الظاهر فلا يقبل قوله كالوصي إذا قال : أنفقت على اليتيم في يوم واحد ألف دينار - وما قالاه (أي أبو يوسف ومحمد) خلاف الظاهر لأن الظاهر أن من أراد الطلاق فإنما يوقعه في أول الطهر ، وكذا حيض ثلاثة أيام نادر وحيض عشرة نادر أيضا فيؤخذ بالوسط وهو خمسة، واعتبار هذا التخريج يوجب أن أقل ما تصدق فيه ستون يوما .

وأما الوجه على تخريج رواية الحسن فهو أن يحكم بالطلاق في آخر الطهر لأن الإيقاع في أول الطهر وإن كان سنة لكن الظاهر هو الإيقاع في آخر الطهر لأنه يجرب نفسه في أول الطهر : هل يمكنه الصبر عنها ، ثم يطلق . فكان الظاهر هو الإيقاع في آخر الطهر لأنه يعتبر مدة الحيض عشرة أيام وإن كانت أكثر المدة لأنا قد اعتبرنا في الطهر أقله ، فلو نقصنا من العشرة في الحيض لزم النقص في المدة فيفوت حق الزوج من كل وجه فيحكم بأكثر الحيض وأقل الطهر رعاية للحقين واعتبار هذا التخريج أيضاً يوجب ما ذكرنا وهو أن يكون أقل ما تصدق فيه ستون» .
(الكاساني ، ٣ : ١٩٨ - ١٩٩ . وانظر : الزيلعي ، ٢ : ٢٦٠ - ٢٦١) .

(٢) « وأما الأمة :

فعند أبي حنيفة : أقل ما تصدق فيه على رواية محمد عنه أربعون يوما وهو أن يقدر كأنه طلقها في أول الطهر فيبدأ بالطهر خمسة عشر يوما ثم بالحيض خمسة أيام ثم بالطهر خمسة عشر يوماً ثم بالحيض خمسة أيام فذلك أربعون .

وأما على رواية الحسن فأقل ما تصدق فيه خمسة وثلاثون يوما لأنه يجعل كأن الطلاق وقع =

وإن طلقها فى نفاسها وهى حرة [١]:

فقال أبو حنيفة فى رواية محمد : لاتصدق فى أقل من خمسة وثمانين يوماً [٢]. وفى رواية الحسن : مائة يوم [٣].

وقال أبو يوسف : لاتصدق فى أقل من خمسة وستين يوماً [٤].

= فى آخر الطهر فيبدأ بالحيض عشرة ثم بالطهر خمسة عشر يوما ثم بالحيض عشرة فذلك خمسة وثلاثون يوما .

فاختلف حكم روايتيهما فى الأمة واتفق فى الحرة .

وأما على قول أبى يوسف ومحمد : فأقل ما تصدق فيه إحدى وعشرون يوما لأنهما يقدران الطلاق فى آخر الطهر ويبتدآن بالحيض ثلاثة أيام ثم بالطهر خمسة عشر يوما ثم بالحيض ثلاثة فذلك أحد وعشرون يوما » .

(الكاسانى ، ٣ : ١٩٩ . وانظر : الزيلعى ، ٢ : ٢٦٠ ـ ٢٦١) .

(١) بأن ولدت امرأته وطلقها عقيب الولادة (الكاسانى ، ٣ : ١٩٩) ـ أو قال لها : « إن ولدت فأنت طالق » (الزيلعى ، ٢ : ٢٦٠ ـ ٢٦١) .

(٢) « لأنه يثبت النفاس خمسة وعشرين لأنه لو ثبت أقل من ذلك لاحتاج إلى أن يثبت بعده خمسة عشر يوما طهرا ثم يحكم بالدم فيبطل الطهر لأن من أصله أن الدمين فى الأربعين لا يفصل بينهما طهر وإن كثر حتى لو رأت فى أول النفاس ساعة دما وفى آخرها ساعة كان الكل نفاسا عنده فجعل النفاس خمسة وعشرين يوما حتى يثبت بعده طهر خمسة عشر فيقع الدم بعد الأربعين فإذا كان كذلك كان بعد الأربعين خمسة حيضا وخمسة عشر طهرا وخمسة حيضا وخمسة عشر طهرا وخمسة حيضا فذلك خمسة وثمانون » (الكاسانى ، ٣ : ١٩٩ . والزيلعى ، ٢ : ٢٦٠ ـ ٢٦١) .

(٣) « لأنه يثبت بعد الأربعين عشرة حيضا وخمسة عشر طهرا وعشرة حيضا وخمسة عشر طهرا وعشرة حيضا فذلك مائة » (الكاسانى ، ٣ : ١٩٩ . وانظر الزيلعى ، ٢ : ٢٦٠ ـ ٢٦١) .

(٤) « لأنه يثبت أحد عشر يوما نفاسا لأن العادة أن أقل النفاس يزيد على أكثر الحيض ثم يثبت خمسة عشر يوما طهرا وثلاثة حيضا وخمسة عشر طهرا وثلاثة حيضا وخمسة عشر طهرا وثلاثة حيضا فذلك خمسة وستون يوما » (الكاسانى ، ٣ : ١٩٩ . والزيلعى ، الموضع سالف البيان) .

وقال محمد: لاتصدق فى أقل من أربعة وخمسين يوماً وساعة[(١)][(٢)].

ووجه تخريج المسألة يعرف فى كتاب الحيض ـ والله أعلم[(٣)].

---

(١) « لأن أقل النفاس ما وجد من الدم فيحكم بنفاس ساعة ويعده خمسة عشر يوما طهرا وثلاثة حيضا وخمسة عشر يوما طهرا وثلاثة حيضا وخمسة عشر طهرا وثلاثة حيضا فذلك أربعة وخمسون ساعة » (الكاسانى ، ٣ : ١٩٩ . وانظر الزيلعى ، ٢ : ٢٦٠ ـ ٢٦١)

(٢) « وإن كانت أمة :

فعلى رواية محمد عن أبى حنيفة لاتصدق فى أقل من خمسة وستين يوما لأنه يثبت بعد الأربعين خمسة حيضا وخمسة عشر طهرا وخمسة حيضا فذلك خمسة وستون .

وعلى رواية الحسن عنه : لا تصدق فى أقل من خمسة وسبعين لأنه يثبت بعد الأربعين عشرة حيضا وخمسة عشر طهرا وعشرة حيضا فذلك خمسة وسبعون

وقال أبو يوسف : لا تصدق فى أقل من سبعة وأربعين لأنه يثبت أحد عشر يوما نفاسا وخمسة عشر طهرا وثلاثة حيضا وخمسة عشر طهرا وثلاثة حيضا فذلك سبعة وأربعون يوما .

وقال محمد : لا تصدق فى أقل من ستة وثلاثين يوما وساعة لأنه يثبت ساعة نفاسا وخمسة عشر طهرا وثلاثة حيضا وخمسة عشر طهرا وثلاثة حيضا فذلك ستة وثلاثون يوما وساعة » .

(الكاسانى ، ٣ : ١٩٩ . وانظر الزيلعى ، ٢ : ٢٦٠ ـ ٢٦١)

(٣) فى حـ : « إن شاء الله تعالى » . وليس فى « التحفة » كتاب باسم « كتاب الحيض » وإنما فيها « باب الحيض » وقد تقدم فى الجزء الأول ص ٦١ وما بعدها . وراجع أيضاً من الجزء الثانى « باب العدة » ص ٣٦٠ وما بعدها وقد قدمنا فى الهوامش السابقة وجه تخريج المسألة.

ونلاحظ أن السرخسى قال أيضا فى المبسوط (٦ : ٢٦) : « ثم بين أدنى المدة التى تصدق فيها وهو شهران فى قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى . وتسعة وثلاثون يوما فى قولهما ـ وقد بينا هذه المسألة بفروعها فى كتاب الحيض » .

كتاب

العتـــــــاق

الإعتاق[1] أنواع:

قد يكون قربة وطاعة لله تعالى - بأن أعتق لوجه الله تعالى، أو نوى عن كفارة عليه.

وقد يقع[2] مباحاً غير قربة - بأن أعتق من غير نية، أو أعتق لوجه فلان.

وقد يقع[3] معصية - بأن قال «أنت حر لوجه الشيطان»، ويقع العتق أيضاً.

. . .

ثم الألفاظ التي تذكر في العتق نوعان:

نوع يثبت به[4] العتق في الجملة: إما بالنية، أو بغير النية.

ونوع لا يثبت به العتق أصلا، وإن نوى.

. . .

وأما الذي يثبت به العتق - فثلاثة[5] أنواع: صريح، وملحق بالصريح، وكناية.

---

(١) في ا و ب و حـ: «العتاق». وفي حـ: «قال رحمه الله: العتاق».

(٢) و (٣) في ا: «وقد يكون».

(٤) «به» ليست في حـ.

(٥) الفاء من ا و ب و حـ.

أما الصريح :

فما اشتق من لفظ الحرية ، والعتق ، والولاء — بأن قال : « أنت حر » أو « حررتك » أو « أنت عتيق » أو « معتق » أو « أعتقتك » أو « أنت مولاى ».

وقد يكون بصيغة النداء — بأن قال: « يا حر » ، « يا عتيق » ، « يامولاى ».

ففى هذه الألفاظ : لايحتاج إلى النية ، لكونه صريحا .

ولو نوى به الخبر عن الكذب ، فى هذه الألفاظ : يصدق فيما بينه وبين الله تعالى ، دون القضاء ، لأن صيغته صيغة الخبر ، والخبر [1] قد يكون كذبا .

وإن نوى أنه كان حرا : فإن كان مسبيا[2] : يصدق فى الديانة ، لافى القضاء[3] . وإن كان مُوَلَّدا[4] : لايصدق أصلا[5] .

وإن قال « أنت[6] حر » ونوى أنه حر من[7] العمل أى « لا أستعمله فى عمل ما » لايصدق فى القضاء ، ويعتق[8] ، ويصدق فيما بينه وبين الله تعالى.

---

(١) « والخبر » من ا و ب .

(٢) فى ب كذا : « ناسيا » . وفى حـ كذا : « سبيا » .

(٣) « فى الديانة لافى القضاء » من حـ و ا . وفى ب : « يصدق فى القضاء » وانظر الهامش ٥ .

(٤) فى حـ : « مولود » . وفى ب : « موكدا » .

(٥) عبارة الكاسانى (٤ : ٤٦ : ٧ من أسفل) كما يأتى : « ولو قال عنيت به أنه كان خبرا : فإن كان مولدا لايصدق أصلا لأنه كذب محض ، وإن كان إنشاء لايصدق قضاء ، لأن الظاهر إرادة الإنشاء من هذه الألفاظ ، فلا يصدق فى العدول عن الظاهر ويصدق ديانة ، لأن اللفظ يحتمل الإخبار عن الماضى » . راجع فتح القدير . ٣ : ٣٥٩ .

(٦) فى حـ : « أنه » .

(٧) « من » ليست فى ب .

(٨) « ويعتق » ليست فى ا و ب و حـ .

وكذا إذا قال «أنت مولاى» ونوى الموالاة فى الدين : لا يصدق فى القضاء، ويصدق فيما بينه وبين الله تعالى[١] .

ولو قال «أنت حر من هذا[٢] العمل» وسمى عملا[٣] معينا ، أو قال «أنت حر من عمل[٤] اليوم» فإنه يعتق فى القضاء ، لأن العتق لا يتجزأ ، فإذا جعله حرا فى بعض الأعمال ، أو[٥] جعله حرا عن[٦] الأعمال كلها ، فى بعض الأزمان ، يثبت فى الكل ، ويصدق[٧] فيما بينه وبين الله تعالى : أنه أراد به البعض .

وأما اللفظ الملحق بالصريح :

كقوله لعبده «وهبت لك نفسك» أو «وهبت نفسك منك»: فإنه يعتق العبد ، قبل العبد أو لم يقبل ، نوى أو لم ينو .

وكذلك إذا قال «بعت نفسك منك» إلا أنه إذا باع نفسه من العبد ، بثمن معلوم : يشترط القبول لأجل ثبوت العوض .

وروى عن أبى يوسف أنه قال[٨] : إذا قال لعبده «أنت مولى فلان» أو «عتيق

---

(١) «وكذا إذا قال : أنت مولاى ... وبين الله تعالى» ليست فى ا و ب و حـ .
(٢) «هذا» ليست فى حـ .
(٣) «عملا» ليست فى حـ .
(٤) فى ا و ب و حـ : «العمل» .
(٥) فى ب : «و» .
(٦) فى ا : «من» .
(٧) فى ب : «فيصدق» .
(٨) «قال» من ا و ب و حـ .

فلان » : يعتق فى القضاء ، لأنه أقر بالحرية[1] ، وهو مالك العبد .

ولو قال « أعتقك[2] فلان » : لا يعتق ، لأنه يحتمل أنه أراد به : أنه قال لك[3] « أنت حر الآن » ، ويحتمل الخبر . فلا يثبت العتق بالشك ، لكن يجوز أن يقال : يعتق فى الحالين .

وأما ألفاظ الكناية :

< ف > أن يقول لعبده « لا سبيل لى عليك » أو « لا ملك لى عليك » أو « خليت سبيلك » أو « خرجت عن ملكى » :

فإن نوى العتق : يعتق . وإن لم ينو : يصدق فى القضاء ، لأنه لفظ مشترك — إلا إذا قال « لا سبيل لى عليك إلا سبيل الولاء » : فهو حر فى القضاء ، ولا يصدق أنه أراد به غير العتق .

ولو قال « إلا سبيل الموالاة » : يصدق فى القضاء ، لأنه قد يراد به الموالاة فى الدين ، بخلاف لفظ الولاء : فإنه مستعمل فى ولاء العتق .

. . .

وأما الألفاظ التى لا يعتق بها ، وإن نوى — بأن قال لعبده[4] « لا سلطان لى عليك » ، أو قال لعبده « اذهب حيث شئت » ، أو « توجه أين شئت من بلاد الله » ، أو قال لعبده « أنت طالق » أو « طلقتك » أو « أنت بائن » أو « أنت على حرام » أو قال ذلك[5] لأمته ، وكذلك سائر[6]

(١) فى ح : « بالحرمة » .

(٢) كذا فى ا و ب . وفى الأصل و ح : « أعتقك » .

(٣) « لك » ليست فى ا و ب .

(٤) « لعبده » من ا و ب و ح .

(٥) « ذلك » من ح .

(٦) فى ح : « فى سائر » .

كنايات[1] الطلاق ـ ونوى العتق فى هذه الفصول : لا يعتق ، لأنها عبارة عن زوال اليد ، وإنه لا يقتضى العتق ، كما فى الكناية .

ولو قال « يدك أو رجلك حر » ونوى العتق : لا يعتق ، وإنما يعتق إذا أضيف إلى جزء شائع . أو جزء جامع ، بأن قال « رأسك حر » أو « وجهك حر » كما فى الطلاق .

ولو نوى فقال « رأسك رأسُ حرٌ » أو « بدنك بدنٌ حرٌ » أو « وجهك وجهٌ حرٌ » : يعتق .

ولو قال على الإضافة « وجهك وجهُ حرٍ » أو « رأسك رأسُ حرٍ » أو « بدنك بدنُ حرٍ »[2] : لا يعتق ، لأن هذا تشبيه .

ولو قال « ما أنت إلا مثل الحر » أو « أنت مثل الحر » ونوى العتق ـ لا يعتق ، لأنه تشبيه[3] . وقد قالوا : إذا نوى العتق يعتق : فإنه ذكر فى كتاب الطلاق[4] : إذا قال لامرأته « أنت مثل امرأة فلان » وفلان آلى من امرأته ، ونوى الإيلاء : يصدق ، ويصير[5] مولياً[6] .

• • •

ومن الألفاظ التى يثبت بها[7] العتق **ألفاظ النسب** .

---

(١) كذا فى ا و ب و حـ . وفى الأصل : « الكنايات » .

(٢) « أو وجهك وجهُ حر : يعتق ... أو بدنك بدنُ حر » ساقطة من حـ .

(٣) « ولو قال : ما أنت إلا مثل الحر ... لأنه تشبيه » ليست فى ب و ا . وعبارة : « أو أنت مثل الحر » ليست فى حـ .

(٤) فى ب و ا : « ... إذا نوى العتق يعتق فإنه ذكر فى كتاب العتق : لا يعتق ، لأنه تشبيه . وقد قالوا أنه إذا نوى العتق يعتق فإنه ذكر فى كتاب الطلاق ... » .

(٥) فى حـ : « ويكون » .

(٦) راجع فيما تقدم ص ٣٠٧ ـ ٣٠٨ . فى : « باب الايلاء » .

(٧) « بها » من ا و ب و حـ .

والأصل فيه أن من وصف مملوكه بصفة شخص يعتق عليه، إذا ملكه - فهو على وجهين[١]: أحدهما أن يذكره[٢] بطريق الصفة. والآخر أن يذكره[٣] بطريق النداء . أما الصفة : < ف > نحو أن يقول « هذا ابنى » أو « هذه ابنتى » . والنداء أن يقول « يابنى » ، « يا بنتى »[٤] - ولا[٥] يخلو : إما إن كان العبد مجهول النسب ، أو معروف النسب من غيره. ولايخلو : إما إن كان يصلح ولدا له أو لا يصلح. وكذلك فى سائر القرابات المحرمة للنكاح.

< أما فى الصفة > - بأن قال « هذا أخى » أو « عمى » أو « خالى » : < فقد > ذكر فى ظاهر الرواية < أنه يعتق > ، وسوى بين الكل، إلا فى الأخت والأخ ، فإنه لا يعتق ، إلا بالنية ، وروى الحسن عن أبى حنيفة أنه سوى بين الكل وقال : يعتق[٦] .

وأما النداء - إذا قال « يابنى » ، « يا بنتى[٧] » ، « يا أمى » ، « يا أبى » : فإنه[٨] لا يعتق إلا إذا نوى . لأن النداء لا يراد به ما وضع له اللفظ ، وإنما يراد به استحضار المنادى، إلا إذا ذكر اللفظ الموضوع للحرية كقوله « ياحر» ، « يا مولاى» : <ف> يعتق - لأن فى الموضوع لا يعتبر[٩] المعنى.

(١) فى حـ : « فهو حر على وجهين » .
(٢) الهاء من ب . وفى حـ : « أن يكون » .
(٣) « أن يذكره » من ب .
(٤) فى حـ : « يا ابنى - أو : يا ابنتى » .
(٥) كذا فى ا و ب و حـ . وفى الأصل : « فلا » .
(٦) فى حـ : « لا يعتق » . وانظر الكاسانى ، ٤ : ٥٢ : ٢٣
(٧) « يابنتى » ليست فى حـ .
(٨) « فإنه » من ا و ب و حـ .
(٩) نقل هذه العبارة عن « التحفة » الشلبى على الزيلعى (٣ : ٦٩) ولكن فيه : « فى الموضوع يعتبر المعنى » أى بدون « لا » . وانظر الكاسانى ، ٤ : ٤٦ و ٥٢ .

ثم ينظر:

إن كان مجهول النسب، وهو يصلح ولداله أو والدا: فإنه يثبت النسب، ويعتق.

وإن كان معروف النسب من غيره: فإنه لا يثبت النسب، ولكن يعتق، لاحتمال النسب منه، بالنكاح، أو الوطء عن شبهة، والاشتهار من غيره، أو بسبب الزنا.

وعند الشافعي: مالم يثبت النسب منه: لا يثبت العتق.

وإن كان لا يصلح ولدا ولا والدا ولا عما: قال أبو حنيفة: يعتق. وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي: لا يعتق.

ولو قال «هذه بنتي» أو «أمي» وهي تصلح لذلك[1]:

< ف > إن كانت مجهولة النسب، وليس للمدعي أم معروفة: يثبت النسب. والعتق، والحرمة.

وإن كانت معروفة النسب، أو كانت للمدعي أم معروفة: لا يثبت النسب، ولكن يثبت العتق، والحرمة.

وإن كانت لا تصلح[2] بنتاً له أو[3] أما له: يثبت العتق عند أبي حنيفة، ولكن لا تثبت الحرمة.

وهذا إذا لم تكن زوجة له. فإن كانت زوجة له، فقال «هذه بنتي» أو «أمي»: <ف> إن كانت معروفة النسب: لا تثبت الحرمة أيضاً. وكذلك إذا كانت البنت أكبر سناً منه، والأم أصغر سناً منه — لا تقع الفرقة.

(١) في ا و ب و حـ: «وهو يصلح لذلك».
(٢) في حـ: «وإن كان يصلح».   (٣) الهمزة من ا و ب و حـ.

وعلى هذا قالوا فى الزوجة : إذا قال[١] « هذه بنتى » وهى تصلح بنتاً له ، ثم قال « أوهمت » أو « أخطأت » : لم تقع الفرقة ، وإنما تقع إذا دام على ذلك وثبت[٢] .

ولو قال لعبده «هذا ابنى» أو لأمته « هذه بنتى » ثم قال «أخطأت»: يعتق ، ولا يصدق .

لو قال لأمته ، وهى مجهولة[٣] النسب ، وهى أصغر سناً منه « هذه بنتى » ثم تزوجها : جاز ، سواء أصر على ذلك أم لا ـ كذلك ذكر فى كتاب النكاح . ولكن قالوا : هذا الجواب فى معروفة النسب فأما فى المجهولة[٤]: إن دام على ذلك ثم تزوجها :لم يجز ، وإن لم يدم عليه:جاز .

ولو قال لعبده « هذه بنتى » أو لأمته« هذا ابنى » اختلف المشايخ فيه.

ثم فى معروف[٥] النسب من الغير إذا أعتق[٦] ـ هل تصير أمه أم ولد له إذا كانت فى ملكه[٧] ؟

---

(١) « إذا قال » من حـ .

(٢) كذا فى ا و ب وحـ. وفى الأصل: « ويثبت » .

(٣) فى حـ : « معروفة » .

(٤) فى حـ : «فى المجهولة النسب» . وفى ب : « فأما المجهولة » . وفى ا : «فأما فى المجهولة».

(٥) كذا فى ب و ا . وفى الأصل و حـ : « معروفة » . وانظر الهامش بعد التالى .

(٦) « إذا أعتق » ليست فى حـ و ا . وانظر الهامش التالى .

(٧) فى حـ : « ثم فى معروفة النسب من الغير هل يصير أمته أم ولد له إذا كانت فى ملكه؟» راجع الهامشين السابقين .

بعضهم قالوا : لا يثبت الاستيلاد ، سواء كان الولد معروف النسب أو مجهول النسب .

وقال بعضهم : يثبت فى الحالين[١] .

وبعضهم فرق: إن كان معروف النسب: لا يثبت، وفى مجهول النسب[٢]: يثبت[٣] .

---

(١) كذا فى ا و ب و حـ . وفى الأصل : «وقال بعضهم» .

(٢) «النسب» ليست فى حـ .

(٣) زاد فى ب : «والله تعالى أعلم» .

باب آخر

من

العتق

في [1] هذا [2] الباب فصول :

أحدها - الإعتاق بين الشريكين أو الشركاء

والأصل فيه أن الإعتاق يتجزأ عند أبي حنيفة رحمه الله .

وعند أبي يوسف ومحمد : لا يتجزأ .

وقال الشافعي: في حالة اليسار : لا يتجزأ . وفي حالة الإعسار: يتجزأ.

فيخرج المسائل على هذا :

- إذا أعتق الرجل عبدا بينه وبين شريكه : عتق نصيبه لاغير، سواء كان موسرا أو معسرا . ولشريك المعتق خمس خيارات [3] : إن شاء أعتق نصيبه ، وإن شاء دبره [4] ، وإن شاء كاتبه ، وإن شاء استسعاه [5] ، وإن شاء ضمن المعتق إن كان موسراً. غير أنه إذا دبره يصير مدبرا نصيبه، ويجب عليه السعاية . للحال ، فيعتق ، ولا يجوز له أن يؤخر عتقه إلى ما بعد الموت.

---

(1) في حـ : « قال رحمه الله : في » .

(2) « هذا » من حـ .

(3) في ا و حـ كذا : « ... وبين شريكه عتق نصيبه والشريك ساكت أما إن كان موسرا أو معسرا فله خمس خيارات ... » .

(4) في حـ : « وإن شاء دبره إن كان موسرا » .

(5) في ب : « وإن شاء استسعاه وإن كان المعتق معسرا » . واستسعى العبدَ كلفه من العمل ما يؤدي به عن نفسه إذا أُعتق بعضه ليعتق به ما بقي. والسعاية بالكسر ما كلف من ذلك (القاموس) .

ثم إذا [١] أعتق العبد بإعتاق الشريك نصيبه ، أو بالاستسعاء ، واستيفاء بدل الكتابة ، يكون الولاء بينهما ؛ لوجود الإعتاق منهما . وإن ضمن المعتق فللمعتق أن يعتقه إن شاء ، وإن شاء استسعاه [٢] ، وإن شاء [٣] كاتبه ، أو دبره . لأن نصيبه انتقل إليه فى حق الإعتاق . والمدبر يحتمل النقل فى حق الإعتاق لا غير . فكان له الخيار . كما فى الشريك [٤] قبل التضمين . ويكون [٥] الولاء كله له [٦] . وقال أبو يوسف ومحمد : يعتق كله . ثم إن [٧] كان المعتق [٨] موسراً ، فللشريك أن يضمنه إن شاء . وإن شاء [٩] ترك . وليس له أن يستسعى العبد ، وإن كان معسراً له أن يستسعى .

وقال الشافعى : إن كان المعتق موسراً : يعتق كله ، وله أن يضمنه [١٠] ؛ وإن كان معسرا : يعتق ما أعتق ، ويبقى الباقى رقيقاً ، ويجوز فيه جميع التصرفات المزيلة للملك فى نصيبه .

---

(١) « إذا » من ا و ب و حـ .

(٢) فى ب : « استسعى » . راجع الهامش « ص ٣٨٩ .

(٣) « شاء » ساقطة من ب .

(٤) فى ا و ب و حـ : « كما الشريك » .

(٥) النون من ا و ب و حـ .

(٦) « له » من ا و ب و حـ . وفى حـ : « الولاء له » .

(٧) « ثم إن » من ا و ب . وليست فى الأصل . وفى حـ : « يعتق كله إن كان المعتق موسرا » .

(٨) « المعتق » من ا و ب و حـ .

(٩) « وإن شاء » ساقطة من حـ .

(١٠) فى ا و حـ : « إن كان المعتق موسراً له أن يضمنه » .

ـ ولو كان العبد كله[1] لرجل واحد ، فأعتق نصفه[2] ، أو شيئاً معلوماً منه ، فإنه يعتق بقدره ، وله الخيار فى الباقى[3] بين أن يعتق أو يدبر ، أو يكاتب ، أو يستسعى ، ويكون الولاء كله له إذا عتق[4] بالإعتاق أو بالسعاية . وعندهما : يعتق كله ، وليس له أن يستسعيه[5] .

ـ وكذا لو أعتق نصيبه بإذن شريكه، فللشريك أن يستسعى ، وليس له حق التضمين ، لأنه سقط بالإذن ـ وهذا قول أبى حنيفة . وعندهما : يسقط الضمان ، وليس له حق الاستسعاء .

ـ وكذلك لو أعتق نصيب شريكه بإذنه: يعتق عند أبى حنيفة، وليس له أن يضمن شريكه الذى يقع الإعتاق من جهته ، لأنه راض بفساد نصيب نفسه ، بالإقدام على إعتاق نصيب شريكه، وله أن يستسعى العبد. وعلى قولهما : ليس له أن يستسعى . وقيل إن على قولهما : ينبغى أن يكون له حق التضمين . لأنه ضمان تملك[6] .

ـ ولو أعتق نصيب شريكه ، بغير إذنه : لا ينفذ عتقه ، لأنه أضاف عتقه[7] إلى ماليس بمملوك له[8] . فلا ينفذ ، ويتوقف على إجازته .

• • •

(١) «كله» من ا و ب و حـ .
(٢) فى ب : «نصيبه» .
(٣) فى ب : «فى الثانى» .
(٤) فى ا و ب و حـ : «أعتق» .
(٥) فى حـ : «يستسعى» .
(٦) فى ا و ب وحـ : «عليك» .
(٧) «عتقه» من ا .
(٨) «له» من ا و حـ .

ثم تفسير اليسار الذى يتعلق به وجوب الضمان هو أن يكون المعتق مالكا لمقدار قيمة ما بقى من العبد ، قلت أو كثرت . وتفسير الإعسار أن[1] لا يقدر على هذا .

ثم إنما تعتبر القيمة فى الضمان والسعاية ، يوم الإعتاق ، لأنه سبب الضمان[2] .

وكذا يعتبر حال المعتق فى يساره وإعساره[3] يوم الإعتاق ، حتى إذا كان موسرا يثبت[4] للشريك حق التضمين ، فإذا أعسر المعتق ، لا يبطل حق التضمين ، وإن كان معسرا ، حتى يثبت[5] حق الاستسعاء للشريك. ثم إذا[6] أيسر المعتق ليس للشريك حق التضمين

ولو اختلفا فى قيمة العبد لايخلو : إما إن كان العبد قائماً أو هالكا :

فإن كان قائما : إن كانت الخصومة وقعت فى حال الإعتاق ، تعتبر قيمة العبد، للحال ، ويحكم عليه بذلك ، ويسقط اعتبار البينة والتحالف .

وإن اتفقا أن[7] الإعتاق سابق على حال[8] الخصومة فلا يمكن

---

(١) فى حـ كذا : « وتفسير الإعتاق أنه » .

(٢) زاد هنا فى الأصل : « وكذا يعتبر حال المعتق لأنه سبب الضمان » والظاهر أن هذا تكرار لعبارة « لأنه سبب الضمان » و « وكذا يعتبر حال المعتق » التالية .

(٣) « وإعساره » من ا و ب و حـ .

(٤) فى ا و ب وحـ : « وثبت » .

(٥) لعل الصواب أو الأوضح : « حتى ثبت » ـ و« حتى » ليست فى حـ.

(٦) « إذا » من ا و ب و حـ .

(٧) فى حـ : « على أن » .

(٨) فى ب : « فى حال » .

الرجوع إلى قيمة العبد ، للحال ، لأن قيمة العبد قد تزيد وتنقص ، فى هذه المدة ، ويكون القول قول المعتق ، لأنه ينكر الزيادة .

وإن كان العبد هالكا : فالقول قول المعتق[١]، لإنكاره[٢] الزيادة.

وإن اختلفا فى حال المعتق من اليسار والإعسار[٣] ، والعتق متقدم على حال الخصومة : إن كانت مدة يختلف فيها اليسار والإعسار[٤]: فالقول قول المعتق، لأنه ينكر اليسار . وإن كان لا يختلف: يعتبر الحال.

• • •

والفصل الثانى

إذا قال لعبديه « أحدكما حر » ، أو قال « هذا حر أو[٥] هذا حر » ، أو سماهما فقال « سالم حر أو بَزِيع »[٦] حر»: فالمولى بالخيار بين أن يعين العتق فى أيهما شاء . وكذلك فى إعتاق إحدى أمتيه ـ فإنه[٧] أثبت العتق فى أحدهما[٨] ، فهو المبهم[٩] . فكان البيان إليه .

---

(١) « لأنه ينكر الزيادة ... المعتق » ليست فى حـ .

(٢) « الماء » من ا و ب و حـ .

(٣) كذا فى ا و ب و حـ . وفى الأصل : « السار » وهو فى معنى « الإعسار » خطأ (المغرب) .

(٤) « والعتق متقدم .. والإعسار » ساقطة من ا .

(٥) « هذا حر أو » من ا . وفى حـ : «هذا حر وهذا» ـ انظر الكاسانى ٤ : ٥٦ : ٨ من أسفل .

(٦) فى ا : « بذيع » وفى ب: «يربع». وفى حـ : «يرفع». وفى الكاسانى (٤ : ٨٥ : ٣ « بربيع » . والصحيح ما فى المتن . و« بَزُعَ الغلام فهو بَزِيع صار ظريفا » (القاموس).

(٧) فى ا و ب و حـ : « لأنه » .

(٨) فى حـ : « فى إحداهما » .

(٩) كلام مبهم لا يعرف له وجه . وأمر مبهم لا مأتى له (المغرب) .

فإذا خاصمه العبدان[١] إلى الحاكم : أجبره الحاكم[٢] على أن يبين [٣] أحدهما ، لأنه تعلق[٤] به حق العتق[٥] لأحدهما . فإن لم يخاصماه عند الحاكم واختار إيقاع العتق على أحدهما: وقع العتق عليه. حين اختار عتقه ، وهما قبل ذلك[٦] بمنزلة العبدين ، مادام خيار المولى قائما فيهما[٧].

فأما إذا انقطع خيار المولى ، وأحدهما فى ملكه : تعين للعتق[٨] — بأن مات أحد العبدين .

وإذا مات المولى : يعتق من كل واحد منهما نصفه . لأن الخيار فات[٩] بموت المولى . ولا يعرف الحر من العبد ، فيشيع فيهما .

فإن أخرج المولى أحدهما عن ملكه . بوجه من الوجوه . بأن باعه [١٠] أو رهنه [١١] أو آجره أو كاتبه أو دبره ، أو كانتا أمتين

---

(١) فى ح : « العبد » .

(٢) « أجبره الحاكم » ليست فى ب . وفى ح : « أجبره القاضى »

(٣) فى ح و ا : « يعتق » .

(٤) فى ب : « تعين » .

(٥) « العتق » ليست فى ب . وفى ا : « حق العبد » .

(٦) فى ح : « قبل الاختيار » .

(٧) كذا فى ب و ا . وفى الأصل : «فيها» وفى ح: « بينهما ».

(٨) فى ب : « المعتق » . وفى ح « العتق » .

(٩) « فات » ليست فى ا .

(١٠) «بأن باعه» ليست فى ا و ح .

(١١) فى ح : « أو وهبه » .

فاستولد إحداهما[١] ، أو باع أحدهما[٢] على أنه بالخيار ، أو على أن المشترى بالخيار ، أو باع أحدهما[٣] بيعاً فاسداً و[٤] قبضه المشترى ، أو حلف على أحدهما بالإعتاق إن فعل[٥] شيئاً — فذلك كله اختيار لإيقاع العتق فى الآخر ، لأن المخير بين الشيئين إذا فعل ما يستدل به على الاختيار ، قام مقام قوله « اخترت » — وفى هذه المواضع وجد ما يستدل به على الاختيار ، لأنه[٦] إما أن يزيل الملك ، أو[٧] هو سبب لإنشاء زوال الملك أو العتق ، أو تصرف لايجوز إلا بالملك .

فأما إذا وطىء إحدى أمتيه التى أبهم العتق فيهما : لا يكون اختياراً للعتق عند أبى حنيفة رحمه الله إلا أن تعلق منه . وعندهما : يكون اختياراً.

وكذلك الخلاف[٨] إذا لمسها لشهوة .

وأجمعوا أنه لو استخدم إحداهما : لا يكون بيانا — والمسألة معروفة .

• • •

والفصل الثالث — إعتاق الحمل

والأصل فيه أن الحمل يعتق بإعتاق الأم ، تبعاً ، ويعتق بإضافة العتق إليه مقصوداً أيضاً ، لأنه أصل من وجه ، تبع[٩] من وجه .

---

(١) فى ب : « أحدهما » .
(٢) فى حـ : « إحديهما » .
(٣) فى ا : « إحديهما » .
(٤) فى ب و حـ : « أو » .
(٥) فى ب : « أن يفعل » .
(٦) أى ما صدر منه .
(٧) فى ب : « و » .
(٨) فى ا و ب و حـ : « على هذا الخلاف » .
(٩) فى ا و ب و حـ : « وتبع » .

إذا ثبت هذا نقول :

ـ إذا قال لأمته «ما فى بطنك حر» ـ فجاءت بولد لأقل من ستة أشهر ، منذ قال ذلك : يعتق . وإن جاءت به[١] لأكثر من ستة أشهر منذ قال ذلك[٢] : لم يعتق . لأنا تيقنا بالعلوق[٣] فى الفصل الأول ، ووقع الشك فى الثانى ، فلا يعتق مع الشك[٤] .

فإن ولدته ميتاً بعد القول ، بيوم : لم يعتق ، لأنا لم نعلم[٥] حياته عند الإيقاع .

فإن كانت الأمة فى عدة من زوج : عتق الولد إذا ولدته ما بينها[٦] وبين السنتين ، منذ وجبت العدة ، وإن كان[٧] لأكثر من ستة أشهر منذ قال المولى ، لأنا نحكم بثبوت نسب هذا الولد من الزوج ، فلابد أن نحكم بوجوده قبل الطلاق ، والعتاق متأخر عن ذلك .

ـ ولو قال «ما فى بطنك حر» ثم ضرب رجل بطنها بعد يوم ، فألقت جنيناً ميتاً : ففيه ما فى جنين الحرة ، عبداً أو أمة ، لأنه لما وجب[٨] الضمان على الضارب[٩] شرعاً ، فقد حكم بكونه حياً يوم الإعتاق .

ولو ولدت ولدين أحدهما لأقل من ستة أشهر ، والآخر لأكثر

---

(١) « به » من ب و ا . وفى حـ : « بولد » .   (٢) « منذ قال ذلك » من حـ .

(٣) فى ا و ب و حـ : « بالعتق » .   (٤) فى حـ : « ولا يعتق بالشك » .

(٥) فى ا و ب و حـ : « لا نعلم » .   (٦) أى فيما بين هذه المقالة وبين السنتين .

(٧) فى حـ : « كانت » .   (٨) فى حـ : « أوجب » .

(٩) « على الضارب » ليست فى ب .

منه، يوم : عتقا ، لأنا تيقنا بعتق[١] الذي ولدت لأقل من ستة أشهر، والآخر[٢] < يجب >[٣] أن يكون موجوداً وهو حمل واحد[٤]. فمتى[٥] ثبت حكم الحياة فى أحدهما ، فكذا فى الآخر .

ـ ولو قال لعبده أو لأمته «أنت حر إن شئت» أو «خيرتك[٦] فى إعتاقك» أو «جعلت عتقك فى يديك» : فإنه يصح تفويض العتق إلى الرقيق، ويكون الخيار إليه[٧] فى المجلس ، والجواب فى العتق فى هذا الفصل والطلاق سواء ـ وقد بينا فى كتاب الطلاق[٨].

ـ ولو قال لعبده «أنت حر إن شاء الله» : فإنه لا يعتق.

وما عرفت من الجواب فى استثناء الطلاق ، فهو الجواب فى العتاق[٩] ـ وقد ذكرنا فى كتاب الطلاق .

فصل

قال عامة العلماء :

إن من ملك ذا رحم محرم منه : عتق عليه ، صغيراً كان المالك أو كبيراً ، صحيح العقل أو مجنوناً .

---

(١) فى ح : «عتق» .

(٢) كذا فى ا و ب و ح . وفى الأصل : «والآخذ» .

(٣) فى الأصل و ا و ب و ح : «يجوز» ـ انظر الكاسانى ، ٤ : ٥٦ : ١٤ .

(٤) كذا فى ا و ب و ح . وفى الأصل : «واخذ» .

(٥) «فمتى» ساقطة من ح .

(٦) كذا فى ا و ب و ح . وفى الأصل : «خير الك» .

(٧) فى ب : «له» .

(٨) «وقد بينا فى كتاب الطلاق» ليست فى ح . وراجع فيما تقدم ص ٢٨٦ .

(٩) كذا فى ا و ب و ح . وفى الأصل : «الطلاق» . وراجع فيما تقدم ص ٢٨٩ وما بعدها .

وقال مالك وأصحاب الظواهر : لم يعتقوا[١] إلا بإعتاق المالك .

وقال الشافعي: لا يعتق[٢] بالملك[٣] إلا من له ولاد.

وأجمعوا أنه لا يعتق من كان له رحم غير محرم للنكاح .

وأهل الذمة وأهل[٤] الإسلام في ذلك سواء - بخلاف النفقة: فإنها تختلف : في الوالدين والمولودين: تجب ، وفي غيرهم من الرحم المحرم : لا تجب - والمسألة معروفة .

ولو ملك سهماً من الرحم المحرم[٥] : عتق ، بقدر ماملك ، عند أبي حنيفة رحمه الله . وعند أبي يوسف ومحمد وزفر: عتق كله ، لأن العتق يتجزأ عنده ، خلافاً لهم .

ولو ملك رجلان عبداً ، وهو ابن أحدهما أو ذو رحم محرم منه ، بعقد عقداه جميعاً ، أو قبلاه جميعاً[٦] ، من الشراء والهبة والصدقة - لم يضمن من عتق عليه لشريكه شيئاً[٧] ، ويسعى العبد له[٨] في نصيبه عند أبي حنيفة . وقال أبو يوسف ومحمد : يضمن الذي عتق عليه نصيبه إن كان موسراً .

---

(١) في حـ : « لا يعتقون » .

(٢) « لا يعتق » ساقطة من ا .

(٣) في حـ : « بالعتق » .

(٤) « أهل » من حـ .

(٥) « لا تجب ... من الرحم المحرم » ساقطة من حـ .

(٦) « أو قبلاه جميعاً » ليست في ب .

(٧) « شيئاً » ليست في حـ .

(٨) « له » ليست في ب .

وأجمعوا أنهما لو ملكاه، بسبب الإرث: لم يضمن الشريكه، شيئاً[١] — في قولهم جميعاً[٢].

وعلى هذا: إذا باع رجل نصف[٣] عبده من ذي رحم محرم من عبده حتى عتق عليه[٤] نصيب المشترى، لم يضمن للبائع[٥] شيئاً عند أبي حنيفة، خلافاً لهما. ويستوى الجواب بين ما[٦] إذا لم[٧] يعلم أن الشريك أو المشترى قريب العبد، وبين ما[٨] إذا علم[٩] — في جواب ظاهر الرواية.

وروى بشر عن أبي يوسف: إن كان الأجنبي يعرف ذلك: فإن[١٠] العبد يعتق[١١]، ويسعى للأجنبي[١٢] في قول أبي حنيفة وأبي يوسف. وإن كان لا يعلم فهو بالخيار: إن شاء نقض البيع، وإن شاء أتم عليه.

وعلى[١٣] هذا الخلاف: إذا حلف رجل بعتق عبد إذا

---

(١) « شيئا » ليست في ا و ب و ح .

(٢) « جميعاً » ليست في ا .

(٣) « نصف » ليست في ا .

(٤) « عليه » من ا و ح .

(٥) في ح : « البائع » .

(٦) كذا في ب . وفي الأصل و ا و ح : « بينهما » .

(٧) « لم » من ا و ب و ح .

(٨) كذا في ب . وفي الأصل : « وبينها » .

(٩) « وبين ما إذا علم » ليست في ا و ح .

(١٠) و (١١) « فإن » و « يعتق » ليستا في ب .

(١٢) في ح : « الأجنبي » .

(١٣) « على » من ا و ب و ح .

ملكه[١] ثم اشتراه هو وآخر : لاضمان عليه لشريكه عند أبي حنيفة ـ وعندهما : له أن يضمن ـ ذكر الخلاف أبو بكر الرازى[٢]. وأبو الحسن الكرخى[٣] يقول : لا أعرف الرواية في هذه المسألة . ومن أصحابنا من فرق بين المسألتين ـ وهذه المسألة تعرف فى الخلافيات .

فصل

أصل هذا أن العتق المضاف إلى الملك كالمعلق[٤] فى الملك ، عندنا ، خلافا للشافعى ـ وهى مسألة[٥] معروفة .

إذا ثبت هذا نقول :

ـ إذا قال « كل مملوك لى فهو حر » : فإنه يقع على ماهو مملوكه للحال.

ـ وكذا إذا قال « كل مملوك أملكه فهو حر » ولا نية له : فهو على مملوك له يوم حلف ، ولا يقع على ما يحدث فيه الملك . لأن قوله « أملك » صار عبارة عن الحال ، باعتبار العرف . فإن من قال « أشهد أن لا إله إلا الله » يكون مسلماً .

وحكم المسألة أن كل من كان فى ملكه من ذكر أو أنثى ، قن[٦]

---

(١) فى حـ : « يعتق عبدا إذا ملك حراً منه ».

(٢) راجع ترجمته فى الهامش ٥ ، ص ٢٠٦ هـ ١ .

(٣) « الكرخى » ليست فى حـ . راجع ترجمته فى الهامش ٣ ، ص ٩ هـ ١ .

(٤) فى حـ : « كالعتق » .

(٥) « وهى مسألة » ليست فى ب .

(٦) العبد القن الخالص العبودة خلاف المدبر والمكاتب (المغرب) .

أو مدبر ومدبرة[١]،أو[٢] أم ولد وأولادها[٣]: فإنه يعتق، من غير نية، لأنه مملوكه .

فأما المكاتب: <ف> لا يعتق إلا بالنية،لأنه غير مضاف إليه مطلقاً.

ويدخل العبد المرهون، والعبد المستأجر[٤]،والعبد الذي عليه دين مستغرق .

فأما عبيد عبده[٥] المأذون : <ف> إذا لم يكن على العبد المأذون[٦] دين : فلا يدخلون عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، إلا بالنية ، لأنهم لا يضافون إلى المولى مطلقاً. وقال محمد: يعتقون. لأنهم ملكه على الحقيقة . وإن كان على المأذون دين مستغرق : لم[٧] يعتق عند أبي حنيفة، وإن نواهم،لأنه لا يملك أكسابه عنده[٨].وقال أبو يوسف: إن نواهم، عتقوا ، لأنهم ملكه ، لكن لا[٩] يضافون إليه مطلقاً . وقال محمد : يعتقون بلا نية ، لأنهم ملكه، والمعتبر عنده الملك، دون الإضافة.

ولا يدخل في هذا الكلام الحمل: نحو أن يكون موصى له بالحمل .

ـ وكذلك لو قال « إن اشتريت مملوكين فهما حران »فاشترى أمة حاملا : لم يعتقا[١٠] .

---

(١) « ومدبرة » ليست في ا و ب وحـ .
(٢) الهمزة من ب و ا .وفي الأصل وحـ : « و » .
(٣) في ا و حـ : « وأولادها » . راجع الهامش السابق .
(٤) « والعبد المستأجر » من ب. وفي ا و حـ : « والمستأجر » .
(٥) كذا في ا و ب و حـ .وفي الأصل : « عبد » .
(٦) « إذا لم يكن على العبد المأذون » من حـ .وفي ب و ا : « إن لم يكن عليه » .
(٧) في ب : « ولم » .
(٨) في ا و ب :« أكساب عبده » .
(٩) « لا » ليست في ب .
(١٠) « وكذلك لو قال:إن اشتريت.. لم يعتقا »ليست في ا و ب و حـ انظر الهامش بعد التالي.

ـ وكذلك لو قال لأمته «كل مملوك لى حر [١]»: لم يعتق حملها [٢]، لأنه لايسمى مملوكاً على الإطلاق ، فإن كانت الأمة فى ملكه: يعتق الأم والولد جميعاً ، لكن الولد يعتق بحكم التبعية ، لابحكم اليمين . فإن عنى به الذكور دون الإناث لم يدين فى القضاء ، ويدين فيما بينه وبين الله تعالى، لأنه نوى [٣] تخصيص كلامه .

ـ ولو نوى فى قوله «كل مملوك أملكه» الاستقبال دون الحال: فإنه يقع على ما فى [٤] ملكه ، وما يملك فى المستقبل، جميعا ، لأن اللفظ ظاهره [٥] فى العرف للحال ، فلا يصدق فى صرف الكلام عنه ، ويقع العتق على ماسيملكه [٦]، بإقراره بالعتق [٧] فيماهو ملكه <فى المستقبل> [٨].

ـ ولو قال «كل مملوك أملكه اليوم» وله مملوك، فاستفاد فى ذلك اليوم مماليك : عتق الكل .

ـ وكذلك إذا قال «هذا الشهر» و«هذه السنة»، لأن التوقيت دلالة على اشتمال اليمين على من يملكه فى المدة ، فعتقوا جميعا .

فإن قال «عنيت أحد الصنفين دون الآخر» : دين فيما بينه وبين الله تعالى ، دون القضاء ، لأنه ادعى تخصيص العموم .

---

(١) فى ب : «كل مملوك لى غيرك حر» .
(٢) «نحو أن يكون موصى له بالحمل ـ وكذلك ... لم يعتق حملها» ليست فى ا و حـ .
(٣) «نوى» ليست فى حـ .
(٤) «فى» ليست فى حـ .
(٥) فى ا و حـ : «ظاهر»
(٦) فى حـ : «فيقع العتق على ما يستملكه» .
(٧) فى ا : «العتق» . وفى حـ : «والعتق» .
(٨) انظر الكاسانى ، ٤ : ٦٧ : ١٧ .

ـ ولو قال « كل مملوك أملكه الساعة فهو حر » ـ فهذا على ما ملكه تلك الساعة، دون غيرها[١]، ولا يعتق ما يستفيد الملك فيه[٢] في ساعته تلك، لأن المراد بقوله « الساعة » هو الحال في العرف ، دون « الساعة » التي عند المنجمين ، فكان المراد به ما كان في ملكه في الحال التي حلف[٣] .

فإن قال « أردت من أستفيد الملك فيه في هذه الساعة » فقد نوى ما يحتمله كلامه ، وهو الساعة الزمانية ، وفيه تشديد على نفسه ، فيصدق في دخول ذلك في يمينه ، ولا يصدق في صرف العتق عمن كان في ملكه .

ـ ولو قال « كل مملوك أملكه غدا فهو حر » ولا نية له : قال محمد رحمه الله في الجامع : إنه يدخل فيه من كان ملكه في اليوم[٤] ودام إلى الغد، ومن استفاد ملكه[٥] في الغد أيضاً ، وهو قول محمد ، واعتبر جانب الحال[٦] كأنه قال : « كل مملوك[٧] أنا مالكه[٨] غدا فهو حر ». وقال أبو يوسف رحمه الله : يعتق ما يملكه في الغد، دون ما جاء الغد[٩] وهو في ملكه ، واعتبر جانب الاستقبال ، لوجود الإضافة إلى زمان مستقبل .

ـ وعلى هذا الخلاف : إذا قال « كل مملوك أملكه رأس الشهر ».

---

(١) « لأنه ادعى تخصيص... دون غيرها » ليست في ب .
(٢) « فيه » من ب .
(٣) في ا : « الحال الذي حلف » .
(٤) « في اليوم » ليست في حـ ، وفي ب : « من كان في ملكه اليوم » .
(٥) « ملكه » ليست في حـ و ا .
(٦) في حـ : « الحول » .
(٧) « مملوك » من ا و ب و حـ .
(٨) في حـ : « إن أملكه » .
(٩) « دون ما جاء الغد » ليست في حـ .

ـ وأجمعوا أنه إذا قال « كل مملوك أملكه إذا جاء غد فهو حر » أنه على ما هو فى ملكه غدا ، لأن مجىء الغد شرط ، ومن أضاف العتق إلى شرط ، يدخل فى العتق ما كان مملوكه يوم الحلف دون ما يستفيده .

ـ ولو قال « كل مملوك أملكه إلى سنة أو إلى ثلاثين سنة » : فإنه يقع على ما يستقبل ، بلا خلاف ، وأولها من حين حلف[1] بعد سكوته ، لأنه خاص[2] للاستقبال ، بدلالة العادة .

ـ وكذلك لو قال « كل مملوك أملكه ثلاثين سنة أو أملكه سنة أو أملكه أبدا[3] أو[4] إلى أن أموت » : فإنه يدخل فيه ما استأنف فيه الملك ، دون ما كان فى ملكه . فإن قال « أردت بقولى أملكه سنة » أن يكون فى ملكى سنة من يوم حلفت » : دين فيما بينه وبين الله تعالى ، ولم يدين فى القضاء ، لأن الظاهر أن هذا الكلام يراد به الاستقبال ، فلا يصدق على خلاف الظاهر فى القضاء .

ـ ولو قال لعبده « إن دخلت الدار[5] فأنت حر » ، فباعه ، فدخل الدار ، ثم اشتراه ، فدخل الدار ثانيا : لم يعتق . وإن لم يدخل الدار بعد البيع : عتق ؛ لأن بالبيع[6] لا يزول اليمين[7] ، لأن بقاء الملك ليس بشرط لبقاء اليمين ،

---

(١) « حلف » من حـ و ا . وليست فى الأصل . وفى ب : « الحلف » .
(٢) فى ا و حـ : « خاص » . وفى ب : « خاص » .
(٣) « أبدا » من ا و ب و حـ . وفى الأصل : « لهذا » .
(٤) « أو » ليست فى حـ .
(٥) « الدار » ليست فى حـ .
(٦) فى ب و حـ : « البيع » .
(٧) « اليمين » ليست فى ب .

فإذا بقيت اليمين: فإذا اشتراه ودخل، فوجد[١] الشرط، والعبد في ملكه، فعتق[٢]. فأما إذا دخل بعد البيع: ينحل اليمين، لا إلى جزاء، لوجود شرط الحنث، فإذا دخل بعد ما ملكه ثانيا، فقد وجد الشرط، ولا يمين، فلا[٣] يثبت به العتق.

ـ ولو قال لعبده «إن دخلت هاتين الدارين فأنت حر». فباعه، فدخل إحداهما ثم اشتراه، فدخل الأخرى: عتق، لأن العتق معلق بدخول الدارين، فإنما ينزل[٤] عند دخول الأخرى[٥]. فيشترط قيام الملك عنده، لأنه حال نزول الجزاء. والملك كان موجودا عند[٦] اليمين، وحال دخول الدار الأولى ليست حال انعقاد اليمين ولا حال نزول الجزاء. فلا يشترط فيه الملك[٧].

---

(١) في حـ: «ودخل في ملكه فقد وجد». وفي ا: «فدخل في ملكه فوجد».

(٢) في حـ: «فيعتق». وفي ا و ب: «يعتق».

(٣) في حـ: «ولا».

(٤) في حـ كذا: «يبرأ».

(٥) كذا في حـ. وفي الأصل: «الأخير». وفي ب و ا: «عند وجود الأخيرة».

(٦) كذا في ا و ب و حـ. وفي الأصل: «عقد».

(٧) زاد في ب و ا: «والله تعالى أعلم».

باب

أم الولد

يحتاج[1] في الباب إلى تفسير الاستيلاد، وإلى بيان حكم أم[2] الولد.

أما الأول - فنقول :

أم الولد كل[3] مملوكة[4] ثبت نسب ولدها من مالك لها أو من[5] مالك لبعضها - فإن المملوكة إذا جاءت بولد، وادعاه المالك، يثبت نسبه، وتصير الجارية[6] أم ولد له .

وإذا كانت مشتركة، فجاءت بولد، فادعاه أحدهما: يثبت النسب منه، وتصير الجارية كلها أم ولد له، ويضمن قيمة نصيب شريكه، ويضمن نصف العقر، ويكون الولد حرا . فإن ادعاه الآخر[7]، يثبت النسب منهما، جميعا، وتصير الجارية أم ولد لهما .

وكذلك لو ثبت نسب ولد مملوكة، من غير سيدها، بنكاح، أو

---

(١) في الأصل: «قال رضي الله عنه: يحتاج». وفي حـ: «قال رحمه الله: يحتاج».

(٢) «أم» من ا و ب و حـ.

(٣) «كل» ليست في ب.

(٤) كذا في ب و حـ. وفي الأصل و ا: «مملوك».

(٥) «من» من ب.

(٦) في ا و حـ: «الجارية كلها».

(٧) في ب: «وإن ادعياه معا».

وطء شبهة ، ثم ملكها - فهى أم ولد له ، من حين ملكها ، لا من وقت العلوق - وهذا عندنا . وعند الشافعى[١] : لا تصير الجارية أم ولد له[٢] .

وأجمعوا أنه إذا ملك الولد يعتق عليه - وهى من مسائل الخلاف[٣] .

ثم الولد ، سواء كان ميتاً أو حيا ، أو سقطا قد استبان خلقه أو بعض خلقه ، إذا أقر به ، فهو بمنزلة الولد الكامل الحى[٤] ، فى صيرورة[٥] الجارية أم ولد له ، لأن الولد الميت يسمى ولدا[٦] له ، وتعلق به أحكام كثيرة .

وإن لم يستبن خلقه ، وادعاه المولى : لا تكون أم ولد له ، لأن هذا لا يسمى ولدا ، ويجوز أن يكون لحما أو[٧] دما عبيطا[٨] .

وروى عن أبى يوسف أن المولى إذا قال « حَمْل هذه الجارية[٩] منى » أو « هى حبلى منى[١٠] » أو « ما فى بطنها من ولد فهو منى » : ثبت النسب ، وتصير أم ولد له .

ولو قال هكذا ، ثم قال بعد ذلك « لم تكن حاملا وإنما كان ريحا » ،

---

(١) « ثم ملكها فهى أم ولد ... وعند الشافعى » ليست فى ب .

(٢) « له » ليست فى حـ .

(٣) فى ب : « الخلافيات » .

(٤) « أو ميتا أو سقطا ... الكامل الحى » ليست فى حـ .

(٥) فى الأصل : « صيرورته » . وفى ا و ب و حـ : « صيرورية » .

(٦) فى ب و حـ : « لأن أم الولد الميت يسمى أم ولد » .

(٧) فى حـ : « و » .

(٨) الدم العبيط هو الدم الطرى (المترب) . وفى ا : « غليظا » .

(٩) فى ب : « الأمة » .

(١٠) كذا فى ا و ب و حـ . وفى الأصل : « هى حكمى » .

فصدقته الأمة : فهى أم ولد له ، لأن هذا إقرار بكون الولد منه ، فلا يصح رجوعه ، ولا يعتبر تصديقها[١] فى حق الولد .

• • •

وأما حكم أم الولد - «فنقول» :

إنه لا يجوز إخراجها عن ملكه بوجه من الوجوه .

ولا يجوز فيها تصرف يفضى إلى بطلان حقها فى[٢] حق الحرية .

ويجوز إعتاقها وتدبيرها وكتابتها لما فيه من إيصال حقها إليها معجلا .

ويجوز استخدامها ووطؤها وإجارتها لأنها باقية على ملكه .

وهذا قول عامة العلماء ، خلافا لأصحاب الظواهر .

وإذا جاءت أم الولد بولد ، فإنه يثبت نسبه من غير دعوة[٣] ، لأنها صارت فراشا للمولى، إلا أنه ينتفى بمجرد النفى[٤]، بخلاف فراش النكاح: فإنه لا ينتفى إلا باللعان .

وإذا زوج أم الولد ، فجاءت بولد لستة أشهر فصاعدا - فهو ابن الزوج ، لأن فراش المولى[٥] زال بالتزويج . فإن ادعى المولى نسب هذا الولد: لم يثبت نسبه منه[٦] ، لأن الفراش الظاهر لغيره ، ولكن يعتق عليه، لأنه أقر به[٧] على نفسه، وهو محتمل .

(١) فى ب : « تصديقه » .
(٢) كذا فى ب . وفى الأصل و ا و حـ : « من » .
(٣) فى حـ : « دعواه » .
(٤) « النفى » ليست فى حـ .
(٥) « المولى » ليست فى ب .
(٦) « منه » من ا و ب و حـ .
(٧) « به » من ب و ا .

ويستوى الجواب بين ما إذا كان النكاح فاسدا وَوَطِئها الزوج، أو جائزا، لأن المرأة تصير فراشا بالنكاح الفاسد[١].

ولو زال ملك المولى عنها بموته، حقيقة، أو حكما بالردة واللحوق بدار الحرب، وهى حية: يعتق من جميع[٢] المال، ولا تسعى للوارث ولا للغريم، بخلاف المدبر: فإنه يعتق من الثلث.

ويجب على أم الولد بعد الموت أن تعتد بثلاثة أقراء.

وكذلك[٣] لو أعتقها فى حال الحياة على ما مر.

وحكم ولد أم الولد حكم الأم، لأنه تابع[٤] للأم حالة الولادة.

ثم أم الولد لا تضمن عند أبى حنيفة بالغصب، ولا بالقبض فى البيع الفاسد، ولا[٥] بالإعتاق — بأن[٦] كانت أم ولد بين رجلين. فأعتقها أحدهما: لم يضمن المعتق لشريكه، ولم تسع أيضا فى شىء.

وقال أبو يوسف ومحمد: يضمن فى ذلك كله، كالمدبرة[٧] والأمة[٨] — ولقب المسألة أن أم الولد غير متقومة من حيث إنها مال[٩] عند أبى حنيفة رحمه الله — خلافا لهما.

---

(١) « ووطئها الزوج ... الفاسد » ليست فى حـ.
(٢) كذا فى ا و ب و حـ. وفى الأصل: « بجميع ».
(٣) كذا فى ب و ا. وفى حـ: « وكذا ». وفى الأصل: « فكذلك ».
(٤) كذا فى ا و ب و حـ. وفى الأصل: « لأنها تابعة ».
(٥) فى ا و ب و حـ: « ولو ». وانظر الهامش التالى.
(٦) فى حـ: « فإن ».
(٧) فى ب: « كالمدبر ».
(٨) فى ا: « كالمدبرة وأم الولد ».
(٩) فى حـ: « غير مال ».

وأجمعوا أن المدبر[١] متقوم .

وروى عن محمد فى الإملاء أنه قال : إن أم الولد تضمن فى الغصب عند أبى حنيفة بما يضمن به الصبي الحر إذا غصب - أراد بهذا أنها إذا ماتت من سبب حادث من جهة الغاصب ، بأن ذهب بها إلى طريق فيه سباع فأتلفها ونحو ذلك .

وأجمعوا أنها تضمن بالقتل[٢] ، لأن دمها متقوم ، وضمان القتل ضمان دم ، وهى من مسائل الخلاف - والله أعلم[٣] .

(١) فى حـ : « المدبرة » .
(٢) كذا فى ا و ب و حـ . وفى الأصل : « بالنقل » .
(٣) فى ب : « والله أعلم بالصواب » .

باب

المدبر[1]

فى الباب[2] فصلان : بيان المدبر ، وبيان حكمه .

أما الأول - فنقول :

المدبر نوعان : مطلق ، ومقيد .

فالمطلق من تعلق عتقه بموت المولى مطلقا ، من غير قيد الموت بصفة ولا بشرط آخر سوى الموت .

والمقيد نوعان :

أحدهما - أن يكون عتقه معلقا بموت موصوف بصفة، بأن قال : « إن مت من مرضى[3] هذا أو من سفرى هذا » .

والثانى - أن يكون عتقه[4] معلقا بموته وبشرط آخر[5] سواه .

• • •

ثم التدبير المطلق له ثلاثة أنواع من الألفاظ :

أحدها - صريح اللفظ : مثل أن يقول « دبرتك » أو « أنت مدبر » .

وروى هشام عن محمد رحمة الله عليهما : إذا قال لعبده « أنت[6] مدبر بعد

(١) فى حـ : « المدبرة » .

(٢) فى حـ : « قال رحمه الله : فى الباب » .

(٣) « مرضى » ليست فى حـ .

(٤) « عتقه » من حـ .

(٥) « آخر » ليست فى حـ .

(٦) فى حـ : « عن محمد أنه قال : أنت »

موتى »: < ف > إنه يصير مدبرا للحال ، لأن المدبر اسم لمن يعتق عليه عن دبر موته ، فقوله : « أنت مدبر بعد موتى » و « أنت حر بعد موتى [١] » سواء.

وكذلك إذا قال « أعتقتك بعد موتى » أو « أنت حر بعد موتى [٢] » ، أو « أنت حر عن دبر موتى [٣] » .

والثانى ـ بلفظة اليمين : بأن قال « إن مت فأنت حر » أو « إن حدث لى حدث فأنت حر » ـ ونحو ذلك .

والثالث ـ لفظة الوصية : بأن قال « أوصيت لك برقبتك » أو [٤] أوصى له بثلث ماله ـ فيدخل فيه رقبته أو بعض رقبته ، لأن الإيصاء للعبد برقبته إزالة ملكه عن رقبته [٥] . لأنه لا يثبت له الملك فى رقبته فبيع [٦] نفس العبد منه إعتاق . فيصير كأنه قال « أنت حر بعد موتى » .

• • •

وأما حكم المدبر المطلق ـ < فنقول > :

إنه يعتق فى آخر جزء من أجزاء [٧] حياته إن كان يخرج من الثلث ، وإن لم يخرج يعتق ثلثه ، ويسعى فى ثلثيه [٨] .

---

(١) فى حـ : « أنت حر عن دبر منى » .
(٢) « أو « أنت حر بعد موتى » ليست فى ا و ب و حـ .
(٣) فى حـ : « عن دبر منى » .
(٤) فى ب و حـ : « إذا » .
(٥) « أو بعض رقبته . . . عن رقبته » ليست فى ب .
(٦) فى الأصل و ا و ب و حـ : « كبيع » ـ وفى الكاسانى ، ٤ : ١١٣ : ١٢ : « فهذا الطريق جعل بيع نفس العبد ، وهبتها له ، إعتاقا » .
(٧) كذا فى ا و ب و حـ . وفى الأصل : « من آخر » .
(٨) كذا فى ا و ب و حـ . وفى الأصل : « ثلثه » . وفى الكاسانى (٤ : ١٢٣ : ٢) :

وكذلك الجواب فى المدبر المقيد : إنه يعتق من الثلث .

وأما حكمه فى حالة الحياة: < ف > إنه يثبت له حق الحرية ،أو الحرية من وجه ، فلا يجوز إخراجه عن ملكه إلا بالإعتاق أو بالكتابة ، ولا يجوز فيه تصرف يبطل حقه ، أما مالا يبطل حقه: < ف > يجوز .

ولهذا لا يجوز رهن المدبر ، لأن فيه نقل الملك فى حق الحبس .

ولو زوج المدبرة: جاز .

وكذلك لو أجره[1] ، لأن هذا تصرف فى المنفعة .

وكذا أكساب المدبر ، والمدبرة ، ومهرها ، وأرشها ـ للمولى ، لأن المدبر باق على ملكه

وولد المدبر المطلق حكمه حكم أمه[2] : يعتق بموت المولى

وهذا كله مذهبنا ـ وقال الشافعى : يجوز بيع المدبر المطلق ـ والمسألة معروفة .

وأما حكم المدبر المقيد ـ < فنقول > :

فى حال الحياة : إنه لا يكون مدبرا حقيقة ، للحال ، حتى يجوز جميع التصرفات فيه .

وأما حكمه بعد الموت : فالذى علق عتقه بموت موصوف بصفة بأن

= «ولهذا كان اعتبار عتقه من ثلث المال فإن كان كله يخرج من ثلث مال المولى بأن كان له مال آخر سواه يعتق كله ولا سعاية عليه وإن لم يكن له مال آخر غيره عتق ثلثه ويسعى فى الثلثين لورثته» ـ فالمعنى أنه يعتق فيه بقدر ثلث تركته ، ويسعى فى باقيه إن لم يخرج من ثلث التركة .

(١) المثبت من حـ .

(٢) كذا فى ا و ب و حـ . وفى الأصل : «أمها» .

قال « إن مت من مرضى هذا » أو « إن مت من سفرى هذا » أو « إن قتلت[١] » أو « غرقت »: فإنه إذا مات من[٢] غير ذلك الوجه لا يعتق ، لأنه لم يوجد الشرط ، وهو الموت بصفة . وإن مات من مرضه أو سفره : فإنه يعتق فى آخر جزء من أجزاء حياته ، ولا يحتاج إلى إعتاق الورثة ، لأنه لم يتأخر عتقه عن الموت .

فأما إذا أخر عتقه عن الموت[٣] ، بأن قال « أنت حر بعد موتى بساعة » أو « بيوم » أو « بشهر » ونحوه فإنه لا يعتق بالموت ، لأنه أخر عتقه عن الموت إلى وقت ، فيكون مضافاً إلى الوقت ، فإذا جاء الوقت لا يعتق ، ولكن يعتقه الوصى أو الوارث أو القاضى ، لأن هذا وصية بالإعتاق ، لأن الميت لا يكون من أهل الإعتاق .

وكذلك[٤] الجواب فى المدبر[٥] الذى علق عتقه بموته وبشرط آخر : بأن قال « أنت حر بعد موتى وموت فلان » أو « إن مت أنا وفلان فأنت حر » أو قال « إن مت و[٦] دخلت الدار » أو « إن كلمت فلانا فأنت حر بعد موتى »: فإن وجد الشرط قبل الموت ، بأن مات فلان أو كلم فلانا : صار مدبرا مطلقا ، لأنه بقى عتقه معلقا بالموت ، لا غير .

---

(١) فى ا : « قتلت » .

(٢) فى ح : « فى » .

(٣) « فأما إذا أخر عتقه عن الموت » ليست فى ب .

(٤) كذا فى ب و ا . وفى الأصل و ح : « فكذلك » .

(٥) « المدبر » من ا و ب و ح .

(٦) فى ا : « أو » .

وأما إذا مات هو أولا ثم مات فلان : فإنه لا يعتق .

وكذلك [١] إذا مات ثم دخل العبد الدار : فإنه لا يعتق ، لأنه لم يوجد الشرطان .

وأما إذا وجد موت فلان أو دخول الدار ، فكذلك ، لأن المولى خرج من أن يكون من أهل الإعتاق بالموت . ولكن يجعل هذا وصية بالإعتاق ، فينبغي للوصي أن يعتقه .

وما عرفت من الجواب في الموت [٢] الحقيقي ، فهو الجواب في الموت الحكمي ، وذلك نحو [٣] أن يرتد المولى ، ويلحق [٤] بدار الحرب ، و < يـ > قضى القاضي بلحاقه ، لأن المرتد حكمه حكم الميت في الأحكام - والله أعلم [٥] .

---

(١) زاد في حـ هنا : « الجواب » .

(٢) في ب و ا : « في المدبر في الموت » .

(٣) في حـ كذا : « جواب » .

(٤) كذا في ا و ب و حـ . وفي الأصل : « لحق » .

(٥) في ب : « والله تعالى أعلم بالصواب » .

باب

الكتابة

يحتاج[1] في الباب إلى : تفسير الكتابة ، وإلى بيان حكمها .

أما الأول ـ فنقول :

الكتابة عقد مشروع ، مندوب إليه ، لأنه[2] سبب العتق : قال الله تعالى : « فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيرا »[3].

ثم الكتابة نوعان : حالة ومؤجلة .

أما الكتابة الحالة فجائزة عندنا ـ وعند الشافعي : لا تجوز ، على عكس السلم : فالسلم الحال[4] لا يجوز عندنا ، وعند الشافعي[5] : السلم الحال جائز .

وأما الكتابة المؤجلة : فجائزة ، بلا خلاف .

---

(١) في حـ : « قال رحمه الله : يحتاج » .

(٢) « لأنه » من ا و ب و حـ .

(٣) النور : ٣٣ والآية : « وليستعفف الذين لا يجدون نكاحا حتى يغنيهم الله من فضله والذين يبتغون الكتاب مما ملكت أيمانكم فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيرا وآتوهم من مال الله الذي آتاكم ولا تكرهوا فتياتكم على البغاء إن أردن تحصنا لتبتغوا عرض الحياة الدنيا ومن يكرههن فإن الله من بعد إكراههن غفور رحيم » .

(٤) في حـ : « الحال » .

(٥) في ب حصل تكرار مشوش إذ تكررت عبارة « لا يجوز عندنا » عقب « وعند الشافعي » .

وتفسيرها أن يقول الرجل لعبده «كاتبتك على ألف درهم على[1] أن تؤدى إلى كل شهر كذا على أنك إذا أديت فأنت حر» . وكذلك إذا قال، إذا أديت إلى ألف درهم: كل شهر منه كذا ـ فأنت حر» ـ وقبل العبد : فإنه يكون كتابة . لأن معنى الكتابة ليس إلا الإعتاق على مال مؤجل[2] منجم بنجوم معلومة[3] ـ ولكن إنما يجوز إذا قبل بدل[4] الكتابة ، لأنه عقد معاوضة ، فلا بد من الإيجاب والقبول .

وكذلك لو قال[5] «كاتبتك على ألف درهم» ونجّمه، وسمى النجوم، وقبل العبد ـ فإنه يكون كتابة[6]. وإن لم يعلق العتق بالأداء ، ولم يقل «على أنك إن[7] أديت إلى ألفا فأنت[8] حر». لأنه عقد معاوضة ، فيعتق بحكم المعاوضة ، لا بحكم الشرط .

وعلى قول الشافعي: لابد من ذكر التعليق بشرط الأداء .

ولهذا ـ إنه لو أبرأ المكاتب عن بدل الكتابة : يعتق ، ولو كان معلقا بالأداء: لا يعتق، بدون الشرط .

---

(١) فى ب : «أو على ».

(٢) « مؤجل » ليست فى ب .

(٣) التاء من ا و ب و حـ . أى فى أوقات معينة ودين منجم: جُعل نجوما أى يؤدى فى أوقات معينة (انظر المغرب والقاموس)

(٤) « بدل » ليست فى ا .

(٥) « قال » من ا و ب و حـ .

(٦) « كتابة » ليست فى ا .

(٧) فى ب : « إذا » .

(٨) الفاء من ا و ب و حـ .

وأما حكم الكتابة - فنقول :

أما حكمها قبل أداء الكتابة :

<فـ> أن يكون أحق بمنافعه ومكاسبه، ويبقى على ملك المولى حتى لو أعتق عن كفارة يمينه، جاز، عندنا. خلافا للشافعي - وهي مسألة كتاب الأيمان.

وأجمعوا أنه لو أدى بعض[1] بدل الكتابة ، فأعتقه عن الكفارة : لا يجوز ، لأنه يصير في معنى الإعتاق على عوض من وجه .

ولو أراد المولى أن يمنعه من الكسب : ليس له ذلك ، لأن الكسب حق المكاتب .

ولو تزوج : لا يجوز ، لأنه ليس من[2] باب الكسب ، وفيه ضرر بالمولى : بلزوم المهر في رقبته .

ولا يجوز فيه تصرف يفضي إلى إبطال حق المكاتب ، من البيع والشراء والإجارة والرهن ونحوها - فلا[3] يجوز فيه إلا الإعتاق ، والتدبير ، لأن فيه منفعة له .

• • •

ثم عقد الكتابة لازم في حق المولى ، حتى لا يملك فسخه إلا برضا المكاتب ، وغير لازم في حق المكاتب حتى إن له أن يعجز نفسه ، فيفسخ عقد الكتابة بدون رضى المولى ، إلا أنه إذا أخل بنجم فلم يؤد وعجز عنه ، فللمولى أن يفسخ[4] العقد ، وروى عن أبي يوسف أنه لا يفسخ ،

---

(١) « بعض » ليست في حـ .

(٢) في ب : « ولأنه يصير من » .

(٣) في ا و ب و حـ : « ولا » .

(٤) « عقد الكتابة بدون ... المولى أن يفسخ » ليست في حـ .

ما لم يخل بنجمين[١] ـ لأنه لو لم يثبت حق الفسخ عند الامتناع عن الأداء، يتضرر به المولى .

فأما حكم الأداء :

فإنه إذا أدى البدل بتمامه: يثبت العتق، لأنه عقد معاوضة، فمتى سلم البدل يسلم المبدل، ويكون أكسابه وأولاده سالمة له . فيعتق أولاده[٢] بعتقه .

وكذلك إذا[٣] أبرأه المولى عن البدل ، لأنه حق المولى، فيقدر على إسقاطه عنه ، كما فى سائر الديون .

• • •

وإذا مات المكاتب :

<ف> إن مات عاجزا فإنه ينفسخ عقد الكتابة، لأنه لا فائدة فى بقائه. فأما إذا مات عن وفاء[٤] فإنه يؤدى بدل كتابته من تركته ، فيأخذ المولى[٥] ، فيعتق عن[٦] آخر جزء من أجزاء حياته فيعتق[٧] أولاده، وما فضل من التركة ، يكون ميراثا لورثته الأحرار .

وكذلك إذا لم يترك وفاء، ولكن ترك ولدا مولودا فى الكتابة ، فإن الولد يقوم مقامه فى أداء البدل، لكونه مكاتبا تبعا له ، فإذا عجز الأصل قام التبع مقامه ، وإذا أدى يعتق المكاتب وولده .

(١) فى حـ : « بنجم » .
(٢) كذا فى ا و ب و حـ . وفى الأصل : « وأولاده » .
(٣) فى ا و ب « لو » .
(٤) فى حـ : « وفائه » .
(٥) « فيأخذ المولى » ليست فى ا .
(٦) فى ا و ب و حـ : « فيعتق فى » .
(٧) فى ا و ب و حـ : « ويعتق » .

وبين الفصلين فرق في حق بعض الأحكام على مايعرف في الزيادات إن شاء الله تعالى .

. . .

ولو قال لعبده « إذا أديت إلى ألف درهم فأنت حر » أو « إذا أديت إلى قيمتك فأنت حر » - فأداه، يعتق. لأن العتق معلق بالأداء ،فإذن[١] وجد شرطه - قال الكرخي : ولا يكون هذا كتابة ، وإن كان فيه معنى الكتابة من وجه ، حتى إن العبد إذا جاءه بالبدل ،فإنه يجبر على قبوله، أي يصير[٢] المولى قابضا له كما[٣] في الكتابة .

وبيان التفرقة بينهما في مسائل :

- فإنه إذا مات العبد ههنا قبل الأداء ، وترك مالا .فالمال كله للمولى، ولا يؤدى عنه، فيعتق . بخلاف الكتابة .

- وكذا لو مات المولى ، وفي يد العبد كسب ، فالعبد رقيق يورث عنه ، مع أكسابه ، بخلاف الكتابة .

- ولو كانت هذه أمة، فولدت ، ثم أدت،لم يعتق ولدها[٤] - بخلاف المكاتبة إذا ولدت ، ثم أدت ، فعتقت ، يعتق ولدها[٥] .

- ولو قال العبد للمولى« حط عني مائة»فحط المولى عنه،فأدى تسعمائة[٦]:

---

(١) في ب : « بالأداء وقد » . وفي ا و حـ :« بالأداء فقد » .

(٢) في حـ : «قبوله بأن يصير» .

(٣) « كما » من ا و ب و حـ .

(٤) « بخلاف الكتابة ولو كانت ... ولدها » ليست في حـ .

(٥) « ها » من ا و ب و حـ .

(٦) في حـ : « فحط المولى تسعمائة » . فليس فيها : « عنه فأدى » .

فإنه(١) لا يعتق ـ بخلاف الكتابة .

ـ ولو أبرأ المولى العبد عن الألف : لم(٢) يعتق. ولو أبرأ المكاتب عن بدل الكتابة : يعتق .

ـ ولو باع هذا العبد ثم اشتراه وأدى إليه : يجبر على القبول عند أبي يوسف . وقال محمد في الزيادات : لا يجبر على قبولها(٣) ، فإن قبلها: عتق.

وكذلك لو رد إليه ، بخيار أو بعيب .

ولو باع المكاتب : لا يجوز إلا برضاه . ومتى رضي ينفسخ الكتابة .

. . .

وذكر في «الأصل»: إذا قال لعبده(٤) «إن أديت إلى ألفا فأنت حر» ـ <ف> إن ذلك على المجلس ، لأن العتق معلق باختيار العبد ، فكأنه قال : أنت حر إن شئت . وروى عن أبي يوسف أنه لا يقف على المجلس ، لأن(٥) العتق معلق بالشرط(٦) ، فلا يقف على المجلس ، كقوله : إن دخلت الدار.

. . .

وأما الإعتاق على مال فهو خلاف الكتابة ، وخلاف تعليق العتق بالأداء ، فإنه إذا قال لعبده « أنت حر على ألف درهم » فقبل العبد ، فإنه يعتق من ساعته ، ويكون البدل(٧) واجبا في ذمته ، لأنه أعتقه

---

(١) الفاء من حـ .

(٢) « تسمائة ... عن الألف لم » ليست في ب .

(٣) في حـ : « قبولها » .

(٤) الهاء من ب و ا .

(٥) « لأن » ليست في حـ .

(٦) كذا في ا و حـ . وفي الأصل : « متعلق الشرط » . وفي ب : « معلق بشرط » .

(٧) « البدل » من ا و ب و حـ .

بعوض ، فمتى قبل يزول العوض عن صاحبه كما[1] فى البيع .

وكذا إذا قال لعبده « أنت حر على قيمة رقبتك » ، فقبل ذلك : فإنه يعتق .

وكذا لو أعتقه على مكيل أو موزون ، موصوف فى الذمة ، معلوم الجنس ، يجوز ، فإن هذا يصلح عوضاً فى البيع .

ولو أعتق على عوض بعينه [2] ، وهو ملك غيره : فإنه يعتق ـ فإن أجاز المالك : يستحق عينه ، وإن لم يجز : يجب على العبد قيمة رقبته .

وكذلك لو أعتق على عرض[3] ، بغير عينه ، معلوم الجنس : جاز[4] : فإن كان موصوفاً : فعليه تسليمه ، وإن لم يكن موصوفاً : فعليه الوسط من ذلك ، فإن جاء بالقيمة أجبر المولى على القبول كما فى المهر .

ولو أعتقه المولى[5] على مجهول الجنس بأن قال « أنت حر على ثوب »: يعتق، ويلزمه قيمة نفسه ، لأن جهالة الجنس تمنع صحة البدل ، كما فى المهر

فلو أدى إليه العرض[6] ، فاستحق من يد المولى : < فـ > إن كان بغير عينه فى العقد : فعلى العبد مثله ، لأنه لم[7] يعجز عن الذى هو

(١) « كما » من ا و ب و حـ . وفى ا و ب : « يزول العوض ... » .

(٢) فى ا : « على عوض فى الذمة بعينه » . وفى حـ : « ولو أعتق لا على عوض لا فى الذمة بعينه » .

(٣) فى ب و حـ : « عوض » .

(٤) كذا فى ا و ب و حـ . وفى الأصل : « جائز » .

(٥) « المولى » من حـ .

(٦) فى ب و حـ : « العوض » .

(٧) « لم » ساقطة من ا .

موجب العقد . وإن كان عينا فى العقد، وهو عرض[1] أو حيوان : فإنه يرجع على العبد بقيمة نفسه عند أبى حنيفة وأبى يوسف . وقال محمد[2]: يرجع بقيمة المستحق .

وعلى هذا الخلاف ـ إذا باع نفس العبد، منه ، بجارية ، ثم استحقت الجارية أو هلكت ، قبل التسليم ـ فعندهما : يرجع بقيمة العبد ، وعنده : يرجع بقيمة الجارية ـ وهى مذكورة فى الخلافيات[3].

(١) فى حـ : « عوض » .

(٢) « يرجع ... محمد » من ا و ب و حـ .

(٣) زاد فى ب : « والله تعالى أعلم بالصواب » .

باب

ولاء العتاقة

الولاء [1] يثبت للمعتق بالإعتاق شرعا ، دون المعتق .

و[2] أصله ما روى أن رجلا سأل النبي عليه السلام فقال : «إني اشتريت عبدا فأعتقته [3]» فقال عليه السلام : « إن شكرك فهو خير له وشر لك ، وإن كفرك فهو شر له وخير لك . هو أخوك [4] ومولاك . وإن مات ولم يترك وارثا كنت أنت عصبته » .

ثم الولاء يثبت به الإرث ، والعقل ، وولاية النكاح : قال عليه السلام : « الولاء لحمة كلحمة النسب : لا يباع ، ولا يوهب ، ولا يورث »

ثم الولاء كما يثبت بحقيقة الإعتاق ، يثبت أيضاً بحق العتق ، فإن ولاء المدبر يثبت بالتدبير لمدبره ، ولا ينتقل عنه ، وإن عتق من جهة غيره ، لأن الولاء قد ثبت بحق الحرية للمدبر ، والولاء لا يحتمل الفسخ ، ولا [5] يتحول عنه .

وصورة المسألة أن مدبرة بين شريكين جاءت بولد ، فادعاه أحدهما ،

---

(١) في حـ : « قال رحمه الله : الولاء » .

(٢) الواو من ا و ب و حـ .

(٣) « فقال : إني ... فأعتقته » ليست في ب . وفي حـ : « فأعتقه » .

(٤) « هو أخوك » ليست في الأصل .

(٥) كذا في ا و ب و حـ . وفي الأصل : « فلا » .

ثبت نسبه منه ، وعتق عليه ، وغرم نصيب شريكه منه ، والولاء بينهما.

وكذلك مدبر بين شريكين : أعتقه أحدهما وهو موسر ، فضمن[1] ، عتق بالضمان ، ولم يتغير الولاء عن الشركة عند أبي حنيفة ، وعندهما: إذا أعتق أحدهما نصيبه ، عتق جميعه ، والولاء بينهما .

. . .

ثم الولاء يثبت لكل معتق ، بأي وجه . حصل العتق ، سواء كان المعتق رجلا أو امرأة، مسلما أو كافرا ، إلا أن الكافر لا يرث المسلم[2] لكفره ، حتى لو أسلم يرث بالولاء الذي يثبت له بالإعتاق .

قال عليه السلام : « ليس للنساء من الولاء إلا ما أعتقن أو أعتق من أعتقن (الحديث) »[3] .

. . .

لكن المعتق يرث بالولاء بطريق التعصيب ، وهو آخر العصبات عند عامة الصحابة ، وهو قول عامة العلماء: فإن لم يكن سواه ، وارث : فالكل له، وإن كان معه أصحاب الفرائض يعطى أصحاب الفرائض[4] فرائضهم ، والباقي له .

وقال ابن مسعود : هو آخر ذوي الأرحام ، حتى إذا لم يكن للمعتق أحد من الأقرباء يكون له .

---

(١) كذا في ا و ب و حـ . وفي الأصل :« يضمن » .

(٢) « المسلم » من ب .

(٣) في ب : « من أعتقن أو كاتبن أو كاتب من كاتبن » . وكذا الكاساني ٤ : ١٦٥ : ٢٤ فالحديث فيه: «ليس للنساء من الولاء إلا ما أعتقن أو أعتق من أعتقن أو كاتبن أو كاتب من كاتبن».

(٤) « أصحاب الفرائض » من ا .

وإذا مات المعتق فإنه لا يورث[١] الولاء، حتى يكون[٢] لأصحاب الفرائض فرائضهم والباقي للعصبة ـ لما روينا أنه لا يورث، ولكن يكون[٣] الولاء للذكور من عصبة المعتق: الأقرب فالأقرب على ما يعرف في كتاب الفرائض[٤].

---

(١) كذا في ا و ب و حـ. وفي الأصل: « لا يرثه ».

(٢) في ب و ا: « حتى لا يكون » ـ وكلاهما جائز فإذا قلنا « حتى يكون » فإنه يكون تمثيلا للوراثة المنفية، وإذا قلنا « حتى لا يكون » فإنه يكون بيانا للحكم.

(٣) « يكون » من ا و ب و حـ. وفي حـ: « لا يورث ويكون ».

(٤) زاد في ب هنا: « والله أعلم ».

باب

ولاء الموالاة

الأصل[1] فى شرعية عقد[2] الموالاة قوله تعالى : « والذين عقدت أيمانكم فآتوهم نصيبهم »[3] .

وتفسير عقد الموالاة أن من أسلم على يدى رجل وقال له « أنت مولاى : ترثنى إذا مت ، وتعقل عنى إذا جنيت » وقال الآخر « قبلت »: فينعقد بينهما عقد الموالاة[4] .

وكذا إذا قال : « واليتك » ، وقال الآخر :« قبلت »[5] .

وكذلك إذا عقد مع رجل غير الذى أسلم على يديه .

وكذلك اللقيط: إذا عقد مع غيره عقد موالاة.

وشرط صحة عقد الموالاة أن لا يكون للعاقد وارث مسلم .

وإذا انعقد عقد[6] الموالاة ، يصير مولى له ، حتى لو مات ، ولم يترك

---

(١) فى ح : « قال رحمه الله : الأصل » .

(٢) فى ح :« ولاء » .

(٣) النساء : ٣٣ :« ولكل جعلنا موالى مما ترك الوالدان والأقربون والذين عقدت أيمانكم فآتوهم نصيبهم إن الله كان على كل شىء شهيدا » .

(٤) « فينعقد ... الموالاة »من ا و ب و ح .

(٥) « وكذا ... قبلت » من ب و ا . وفى ح كذا : « وكذا قال فى الترك وقال الآخر: قبلت » . وفى الشلبى على الزيلعى (٥ : ١٨٠) هذا النص عن التحفة كما هو هنا .

(٦) « عقد » من ا و ب و ح .

وارثا، يكون ميراثه لمولاه[1]، ولو[2] جنى يكون عقله عليه، ويلى عليه فى الجملة[3].

وللمولى الأسفل أن يتحول بولائه إلى غيره ما لم[4] يعقل المولى الأعلى عنه، فإذا عقل عنه لا يقدر أن يتحول بالولاء إلى غيره، وصار العقد لازما، إلا إذا اتفقا على النقض.

ولو أراد أحدهما نقض الموالاة[5]، بغير محضر من صاحبه: لم ينتقض.

ولو كان رجلان ليس لهما وارث مسلم، وهما مسلمان، فى دار الإسلام، فوالى أحدهما صاحبه ثم والاه[6] الآخر: فعند أبى حنيفة يصير الثانى مولى للأول[7] ويبطل ولاء الأول، وعندهما: كل[8] واحد منهما مولى لصاحبه. فهما يقولان إن الجمع بين الولاءين ممكن، فإنه يجوز أن يكون شخصان كل واحد منهما يرث من صاحبه ويعقل عنه، كالأخوين وابنى العم، فلا يتضمن صحة أحدهما انتقاض الآخر، بل يثبتان جميعا: وأبو حنيفة يقول إن المولى الأسفل تابع للمولى الأعلى، وهو فوقه[9]، كالمعتق

(١) فى حـ: «لوليه».

(٢) فى ب: «ولولا».

(٣) فى حـ كذا: «عقله عليه فى الجناية» اهـ.

(٤) كذا فى ا و حـ. وفى الأصل: «بولائه إلى غيره العقد لازما إلا إذا اتفقا على النقض ولو أراد أحدهما ما لم ...» وفى ب العبارة كلها كما يلى: «والمولى الأسفل أن يتحول بالولاء إلى غيره وصار العقد لازما إلا إذا اتفقا على النقض» اهـ.

(٥) «الموالاة» من ا و ب و حـ.

(٦) فى حـ كذا: «أحدهما لصاحبه وولاه».

(٧) فى ا و حـ: «مولى الأول».

(٨) «كل» من ا و ب و حـ

(٩) كذا فى حـ. وفى الأصل و ا و ب: «وقومه».

تابع للمعتق ، ولهذا يلى الأعلى على[1] الأسفل ويعقل عنه. ولا يجوز أن يكون التبع متبوعا لمتبوعه ، والمتبوع تبعا لتبعه ، وإذا لم يجز الجمع بينهما فيتضمن صحة الثانى انتقاض الأول .

ثم مولى الموالاة آخر الورثة حتى إذا لم يكن للميت أحد من الورثة[2] ، قريب أو بعيد ، يرث ، وإلا فلا — وهذا عندنا .

وقال الشافعى : إنه لا يورث بولاء[3] الموالاة . ويكون ماله لبيت المال .

وعلى هذا الخلاف : لو أوصى بجميع ماله لإنسان ، ولا وارث له : يصح عندنا — وعند الشافعى : لا يصح — وهى مسألة كتاب الفرائض[4] .

---

(١) « على » من ا و ب و حـ .

(٢) « من الورثة » ليست فى حـ .

(٣) فى حـ و ب : « مولى » .

(٤) زاد فى ب : « والله تعالى أعلم بالصواب » .

كتاب

الأيمـــــان

ذكر[1] محمد فى « الأصل » وقال: الأيمان ثلاثة : يمين تكفر ، ويمين لا تكفر ، ويمين نرجو[2] أن لا يؤاخذ الله تعالى بها صاحبها .

أما اليمين[3] التى تكفر

فهى اليمين على أمر فى المستقبل .

وهى أنواع : إما أن يعقد على ما هو متصور الوجود عادة[4] ، أو على ما هو مستحيل غير متصور الوجود أصلا، أو على ما هو متصور الوجود فى نفسه لكن لا يوجد على مجرى العادة ـ وهذه الجملة قد تكون فى الإثبات وقد تكون فى النفى ، وتكون مطلقة وموقوتة .

• • •

أما النوع الأول :

<ف> إن كان فى الإثبات مطلقا بأن قال « والله لآكلن هذا الرغيف» أو « لآتين البصرة »: فما دام الحالف والمحلوف عليه قائمين ، فهو على يمينه ،

---

(١) فى حـ : « قال رحمه الله : ذكر » .

(٢) فى حـ : « أرجو » .

(٣) كذا فى ا و ب و حـ . وفى الأصل: « الأيمان » . انظر فيما بعد الأنواع الأخرى حيث يقول : « اليمين » (ص ٥٣٠ و ٥٣٦).

(٤) فى حـ : « الوجود فى نفسه عادة » .

لتصور البر، وهو الفعل مرة فى العمر ، فإذاهلك أحدهما صار تاركا للبر ، فيحنث فى يمينه .

وإن كان فى موضع النفى مطلقا بأن قال « والله لا آكل هذا الرغيف» أو « لا أدخل هذه الدار »:<ف>إن[1] فعل مرة حنث،لأنه فات البر . وإذا هلك الحالف أو[2] المحلوف عليه قبل الفعل : لا يحنث ، لأن شرط بره هو الامتناع عن الفعل ، ولا يتصور ذلك < الفعل > بعد هلاك الحالف أو هلاك المحلوف عليه[3].

وأما الموقتة صريحا فى الإثبات، كقوله« والله لآكلن هذا الرغيف اليوم »:<ف> إن مضى اليوم ، والحالف والمحلوف عليه قائمان ، يحنث فى يمينه،لأنه فات البر، لفوات[4] وقته المعين .

أما إذا هلك أحدهما فى اليوم : < ف > إن هلك الحالف قبل مضى اليوم :لا يحنث بالإجماع[5] . وإن هلك المحلوف عليه وهو الرغيف قبل مضى اليوم : أجمعوا أنه لا يحنث فى الحال ما لم يمض اليوم ، ولا تجب الكفارة، حتى لو عجل الكفارة لا يجوز. واختلفوا فيما إذا مضى اليوم:قال

---

(١) « إن » من ا و ب و حـ .

(٢) فى حـ : « و » .

(٣) فى ا و حـ : « لأن شرط بره هو الامتناع وأن لا يوجد الفعل من جهته وقد تقرر العدم بالهلاك » اهـ .

(٤) فى ب : « بفوات » .

(٥) كذا فى ا و ب و حـ . وفى الأصل : « ... قبل مضى اليوم لا يحنث بالإجماع وإن هلك المحلوف عليه ، وهو الرغيف ، قبل مضى اليوم ، لايحنث بالإجماع . وإن هلك المحلوف عليه وهو الرغيف ... » وهو تخليط من الناسخ نشأ عن تكرار عبارة « قبل مضى اليوم ».

أبو حنيفة ومحمد: لا يحنث في يمينه. وقال أبو يوسف: يحنث و[١] تجب الكفارة.

وعلى هذا[٢] الخلاف — إذا قال: « والله لأقضين دين فلان غدا »، فقضاه، اليوم، أو أبرأه صاحب الدين، اليوم، ثم جاء الغد.

وكذلك على هذا — في اليمين[٣] بالطلاق[٤] والعتاق، بأن قال: « إن لم أشرب هذا الماء اليوم فامرأته طالق[٥] أو عبده حر » ثم أهريق الماء قبل مضي اليوم: لا يحنث عندهما، حتى لا يقع الطلاق[٦] والعتاق عند مضي اليوم، وعنده يحنث عند مضي اليوم[٧].

وحاصل الخلاف أن تصور البر شرط لانعقاد اليمين[٨] عندهما، وعند أبي يوسف: ليس بشرط، إنما الشرط أن يكون اليمين على أمر في المستقبل على ما نذكر. فلما[٩] كان تصور البر شرطاً عندهما لانعقاد اليمين، فيكون شرطا لبقائها، فإذا هلك المحلوف عليه، خرج البر من أن يكون متصورا، فتبطل اليمين، فإذا مضى الوقت، فوجد شرط الحنث، ولا يمين، فلا يحنث، كما إذا[١٠] هلك الحالف، وعنده: لما لم يكن تصور البر شرط

---

(١) « و » من ا و ب و حـ .

(٢) « هذا » من ا و ب و حـ .

(٣) في ب: « اليمين ». وفي حـ: « وكذلك هذا واليمين ».

(٤) « بالطلاق » ليست في ا .

(٥) في حـ: « إن لم أشرب الماء الذي في هذا الكوز فامرأته طالق ».

(٦) « الطلاق » ساقطة من حـ .

(٧) « لا يحنث عندهما حتى ... عند مضي اليوم » ليست في ب .

(٨) في ا و حـ: « لانعقاد البر ».

(٩) في ا: « لما ».

(١٠) في ب: « فلا يحنث فإذا هلك ».

الانعقاد ، لا يكون شرط البقاء ، فتكون باقية [١] ، فوجد الحنث [٢] في آخر اليوم ، والحالف من أهل وجوب الكفارة ، فيلزمه ، بخلاف ما إذا مات الحالف ، لأنه وجد شرط الحنث ، لكن الحالف ليس من أهل وجوب الكفارة [٣] بعد الموت : فلا يجب [٤] .

وأما إذا حلف على النفي بأن قال « والله لا آكل هذا الرغيف اليوم » : فإن مضى اليوم قبل الأكل ، بر في يمينه ، لأنه وجد ترك الأكل في اليوم كله . وإن هلك الحالف أو [٥] المحلوف عليه بر في يمينه أيضا ، لأن شرط البر عدم الأكل ، وقد تحقق .

. . .

وأما إذا عقد اليمين على فعل لا يتصور وجوده أصلا (٦) :

بأن قال : « والله لأشربن الماء الذي في هذا الكوز » وليس في الكوز [٧] ماء ، < ف > لا ينعقد اليمين عند أبي حنيفة ومحمد رحمة الله عليهما ، وعند أبي يوسف : ينعقد ، ويحنث للحال - فهما يقولان : إن اليمين يعقد [٨] للبر ، ثم تجب الكفارة ، لرفع حكم الحنث ، وهو الإثم ، فإذا لم يكن البر متصورا ،

---

(١) في حـ : « البقاء فلا يكون اليمين باقية » .

(٢) في ب : « تصور البر شرطا لانعقاد اليمين فتكون اليمين باقية فوجد شرط الحنث » .

(٣) « فيلزمه بخلاف ... وجوب الكفارة » ليست في ب .

(٤) في ا و حـ : « فلا يحنث » .

(٥) في ا و ب و حـ : « و » .

(٦) « أصلا » ليست في حـ .

(٧) كذا في ا و ب . وفي الأصل و حـ : « وليس فيه » .

(٨) في حـ : « ينعقد » .

فلا يتصور الحنث ، فلا فائدة فى انعقاد اليمين .

وعلى هذا الخلاف[(١)] إذا قال « والله[(٢)] لأقتلن فلانا » وهو لا يعلم بموته ، لأن يمينه تنصرف إلى الحياة التى كانت ، وقد فاتت بحيث لا يتصور عودها . فأما إذا كان عالما بموته[(٣)] : فإنه تنعقد اليمين بالإجماع ، لأن يمينه تنصرف إلى الحياة التى تحدث فيه ، فيكون البر متصورا ، لكنه خلاف المعتاد ، فيكون من **القسم الثالث** ـ هكذا فصل فى الجامع الصغير ، وهو الصحيح .

. . .

ونظير القسم الثالث أيضاً :

إذا قال « والله لأصعدن السماء » أو « لأحولن هذا الحجر ذهبا » أو « لأشربن ماء دجلة كله » ـ لأن البر متصور على خلاف العادة : فباعتبار التصور تنعقد اليمين فى الجملة[(٤)] ، وباعتبار العجز من حيث العادة يحنث فى الحال .

فأما إذا وقت اليمين فقال « والله لأصعدن السماء اليوم » :

<ف> عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله : يحنث[(٥)] فى آخر اليوم ، لأن البر يجب فى الموقتة فى آخر اليوم ، ويكون الوقت ظرفا ، لأنه يفضل عنه .

(١) كذا فى ا و ب و حـ . وفى الأصل كذا : « وعلى هذا الخلاف لا كانت وقد كانت بحيث لا يتصور إذا قال » .

(٢) « والله » ليست فى ا .

(٣) « بموته » من ا و ب و حـ .

(٤) فى حـ : « فباعتبار التصور فى الجملة ينعقد اليمين » .

(٥) كذا فى ا و ب و حـ . وفى الأصل : « يجب » .

وعند[1] أبي يوسف يحنث للحال، لتحقق العجز للحال - و[2] هو الصحيح من مذهبه . وإنما يتأخر الحنث إلى آخر الوقت[3] عنده فيما إذا كان الفعل متصورا من حيث العادة ثم فات بسبب هلاك المحلوف عليه كما ذكرنا .

• • •

ونوع آخر من اليمين في المستقبل[4] : ما تكون موقتة[5] دلالة . وهي تسمى **يمين الفور**[6] ، وهي كل يمين خرجت جوابا لكلام ، أو بناء على أمر ، فتتقيد بذلك ، بدلالة الحال - كمن قال لآخر «تعال تغد معي» فقال «والله لا أتغدى» ولم يتغد معه ، وذهب إلى بيته وتغدى ، لا يحنث في يمينه ، استحسانا ، خلافا لزفر .

وكذلك إذا أرادت امرأة إنسان أن تخرج من الدار فقال لها «إن خرجت فأنت طالق» فتركت الخروج ساعة[7] ثم خرجت ، لا يحنث ، ويتقيد[8] بتلك الحال - ولهذا نظائر .

• • •

وأما اليمين التي لا تكفر

فهي **يمين الغموس** - وهي اليمين الكاذبة قصدا - في الماضي : كقوله «والله

---

(١) في حـ : «وعن» .
(٢) «و» من حـ . وفي ا و ب : «هذا هو» .
(٣) «إلى آخر الوقت» ليست في حـ .
(٤) في ب : «اليمين المستقبل» وفي حـ : «اليمين والمستقبل» .
(٥) في حـ : «موقوتة» .
(٦) في حـ : «يمين الفور» . وفي الكاساني (٣ : ١٣ : ٣) : «وأما المؤقت دلالة فهو المسمى يمين الفور ... وهو أن يكون اليمين مطلقا عن الوقت نصا ودلالة الحال تدل على تقييد الشرط بالفور» .
(٧) في ا : «الخروج من ساعته» .
(٨) في ب : «ويتقيد الخروج» .

لقد دخلت هذه الدار » وهو[١] يعلم أنه مادخلها . وفى الحال: نحو قوله[٢] لرجل «والله إنه عمرو» مع علمه أنه زيد ـ ونحوها[٣] .

وحكمها وجوب التوبة والاستغفار ، دون الكفارة بالمال ، عندنا .

وعند الشافعى : تجب الكفارة بالمال ـ وهى مسألة معروفة .

• • •

وأما اليمين التى يرجى[٤] فيها عدم المؤاخذة

فهى اليمين الكاذبة خطأ ، وهى تسمى يمين[٥] اللغو ، كمن قال « والله ما دخلت هذه الدار » ، وعنده كذلك[٦] ، والأمر بخلافه . أو رأى طيرا[٧] من بعيد، فظن أنه غراب فقال «والله إنه لغراب» فإذا هو حمام[٨] .

ولا حكم[٩] لهذه اليمين أصلا .

وقال الشافعى : يمين اللغو[١٠] هى اليمين التى تجرى على لسان الحالف ، من غير قصد : « لا والله » و « بلى والله » أو كان يقرأ القرآن فجرى على لسانه اليمين[١١] .

---

(١) « وهو » من ا و ب و حـ .
(٢) فى حـ : « ما دخلها فى نحو قوله » .
(٣) فى ب : « ونحوه » .
(٤) فى ب : « ترجو » .
(٥) « يمين » من ا و ب و حـ .
(٦) فى حـ : « وهو كذلك عنده » .
(٧) فى ب و ا : « طائرا » .
(٨) « أو رأى طيرا ... فإذا هو حمام » ليست فى حـ .
(٩) فى ب : « لا حكم » . وفى حـ : « لا كفارة » .
(١٠) « اللغو » ساقطة من حـ .
(١١) زاد فى ا : « والله أعلم » .

باب

ألفاظ اليمين

اليمين[1] خمسة أنواع :

يمين بالله تعالى صريحاً ، وهى نوعان : يمين بأسمائه ، ويمين بصفاته .

والثالث : يمين بالله تعالى ، بطريق الكناية .

والرابع : اليمين بالله تعالى من حيث المعنى .

والخامس : اليمين بغير الله تعالى صورة ، ومعنى .

أما اليمين بأسماء الله تعالى[2]

فالحلف بكل اسم من أسمائه بأن قال : «بالله» أو « والله» أو «تالله» أو «الله[3]»أو«الرحمن[4]» أو[5]«الرحيم[6]»أو «بالعالم[7] » أو[8] « القادر» ونحو ذلك ـ لأن من أسماء الله تعالى مايكون[9] خاصاً[10] لايجوز

---

(١) فى حـ :« قال رحمه الله : اليمين » .

(٢) كذا فى ا و ب و حـ . وفى الأصل :« أما اليمين بالله تعالى » .

(٣) فى ا :« لله » . وفى حـ :« ولله ».راجع الكاسانى ، ٣ : ٥ : ٨ من أسفل .

(٤) فى حـ : « بالرحمن » .

(٥) « أو » من ا و ب .

(٦) فى ا و ب : « أو بالرحمن أو بالرحيم » .

(٧) فى ا :« أو بالعلم » .

(٨) الهمزة من ا و ب و حـ .

(٩) فى حـ :« تعالى لايكون » .

(١٠) فى ا :« خاصة » .

إطلاقه على غير الله تعالى ، ومنها ما يجوز ، لكن متى ذكر فى موضع القسم . والقسم لا يجوز بغير الله ، فكان المراد به اسم الله تعالى .

• • •

وأما الحلف بصفاته

فأقسام ثلاثة :

أحدها ـ أن يذكر صفة لاتستعمل إلا فى الصفة ، فى عرف الناس ، كقولهم[١] « وعزة الله ـ وعظمته ـ وجلاله ـ وكبريائه ». وإن كان[٢] يستعمل صفة لغيره . لكن <تمين>[٣] كون صفة الله تعالى مرادا به ، بالإضافة إلى الله تعالى تنصيصا .

والقسم الثانى ـ أن يحلف بصفة تستعمل صفة لله ، ولغيره ، وتستعمل فى غير الصفة ، لكن لا يكون استعماله فى غير الصفة ، غالبا ، بحيث تسبق الأفهام إليه عند الذكر ، نحو قولهم : « وقدرة الله ـ وقوته ـ وإرادته ـ ومشيئته » ونحو ذلك ، فيتعين صفة لله تعالى ،مقسما به[٤] ، بدلالة ذكر القسم .

ومن هذا القسم « وأمانة الله[٥] » فى ظاهر الرواية . خلافا لما ذكره الطحاوى : أنه لا يكون يمينا وإن نوى ، و[٦]خلافاً لما روى عن أبى يوسف : أنه لا يكون يمينا .

والقسم الثالث ـ أن يحلف بصفة تستعمل صفة لله تعالى ، ولغيره ،

---

(١) فى حـ : « كقوله ». (٢) فى حـ : « كانت » .

(٣) فى ب و حـ : « تنير » . وفى ا تشبه أن تكون كذلك ولكنها بدون نقط .

(٤) فى ا كذا : « غير مقسما به » .

(٥) فى ا و ب : « وأمان الله » . (٦) فى ا و حـ : « خلافا » .

وتستعمل فى غير الصفة لكن على وجه غالب استعماله فيه بحيث لا تسبق الأفهام إلا إليه عند الذكر مطلقا. وذلك نحو قولهم « وعلم[1] الله »، « ورحمة الله »، « وكلام الله » وكذا الرضا والغضب والسخط[2]. فإنه يذكر العلم ويراد به[3] المعلوم غالبا، وكذا الرحمة: تذكر ويراد بها[4] الجنة وآثار الرحمة من النعمة والسعة.

فعندنا: إن نوى به اليمين يكون يمينا، وإن لم ينو لا يكون يمينا.

وقال الشافعى: يكون يمينا[5]، كسائر صفاته، بدلالة القسم.

وعلى هذا قال فى ظاهر الرواية: «وحق الله لا أفعل كذا» لا يكون يمينا ما لم ينو، لأنه يستعمل فى العرف فى الحق المستحق لله تعالى على عباده.

ولو قال « والحق لا أفعل كذا » يكون يمينا، لأنه اسم من أسماء الله تعالى: قال الله تعالى: « ويعلمون أن الله هو الحق المبين »[6].

ولو قال[7] « حقا » بالفارسية: اختلف المشايخ فيه.

• • •

ثم فى اليمين بأسماء الله تعالى وصفاته ـ إذا ذكر القسم، والمقسم به،

---

(١) « علم » ساقطة من حـ. ففيها: « والله ».

(٢) زاد فى حـ هنا: « والعلم ».

(٣) فى ب: « ومراده به ». وفى ا: « ومراد به ».

(٤) كذا فى ب و حـ. وفى الأصل و ا: « به ».

(٥) « وقال الشافعى: يكون يمينا » ساقطة من حـ.

(٦) سورة النور: ٢٥. والآيتان ٢٤ـ٢٥: « يوم تشهد عليهم ألسنتهم وأيديهم وأرجلهم بما كانوا يعملون. يومئذ يوفيهم الله دينهم الحق ويعلمون أن الله هو الحق المبين ».

(٧) فى حـ: « كان ».

والخبر ، باللفظ المستعمل فى الحال[١] بأن قال : «حلفت بالله أو أقسمت بالله[٢] لأفعلن كذا» يكون يمينا بلا خلاف .

فأما إذا ذكر القسم[٣] باللفظ المستقبل[٤] بأن قال «أحلف بالله» أو «أقسم بالله لأفعلن كذا[٥]» أو «أشهد بعزة الله تعالى لأفعلن كذا»: يكون يمينا عندنا . وعند الشافعى: لا يكون يمينا إلا بالنية .

والصحيح[٦] قولنا ، لأن هذا فى العرف يراد به الحال، كقولهم «أشهد أن لا إله إلا الله» ونحو ذلك .

• • •

وأما إذا ذكر القسم ، والخبر[٧]، ولم يذكر المقسم به ، بأن قال «أشهد» أو «أحلف» أو «أقسم لأفعلن كذا» يكون يمينا عند علمائنا الثلاثة ،نوى أو لم ينو .

وقال زفر : إن نوى يكون يمينا .

وقال الشافعى: لا يكون يمينا،وإن نوى .

والصحيح قولنا ، لأن ذكر القسم والخبر دليل على مقسم محذوف، وهو اسم الله تعالى .

• • •

(١) فى ا و حـ : « فى الماضى » .

(٢) « أو أقسمت بالله » من ا و ب و حـ .

(٣) « القسم » من ا و ب و حـ .

(٤) فى حـ : « باللفظ المستعمل فى المستقبل » .

(٥) « كذا » ليست فى حـ .

(٦) كذا فى ا و ب و حـ . وفى الأصل : « فالصحيح » .

(٧) « والخبر » ليست فى ا و حـ .

هذا إذا ذكر المقسم به مرة واحدة . فأما إذا ذكر مكررا ، بأن قال : « والله و[1] الله » أو « والله الرحمن الرحيم إن فعلت كذا »: ذكر فى الجامع الكبير : إن لم يدخل بين الاسمين حرف عطف يكون يمينا واحدة ، وإن دخل بينهما حرف عطف يكون يمينين[2]. وفيه اختلاف الروايات . والصحيح ما ذكر فى الجامع[3] ، ولهذا يستعمل على باب القضاة هذه اليمين : « والله الرحمن الرحيم الطالب الغالب[4] المدرك ».

. . .

فأما إذا ذكر الخبر معه مكررا بأن قال « والله لا أفعل كذا ، لا أفعل[5] » أو « والله لا أكلم فلانا ، والله لا أكلمه » فإنه يكون يمينان[6] لأنه وجد تكرار صيغة[7] اليمين - إلا إذا أراد[8] بالكلام الثانى الخبر عن الأول ، فإنه يكون يمينا واحدة .

وكذا فى اليمين بالطلاق والعتاق : على هذا .

. . .

وأما اليمين بالله تعالى من حيث الكناية

نحو قول الرجل « هو يهودى أو نصرانى أو مجوسى أو برىء من

(١) الواو من ا و ب و حـ .

(٢) كذا فى ا و ب و حـ . وفى الأصل :« يمينا »

(٣) فى ب :« فى الجامع الكبير » .

(٤)« الغالب » ليست فى ا .

(٥) فى ا :« والله لا أفعل كذا ، الله لا أفعل كذا » . وفى حـ :« والله لا أفعل كذا، أو قال : والله لا أفعل كذا » . وفى ب :« والله لا أفعل كذا » فقط .

(٦) فى ا و ب :« يمين » . وفى حـ :« يمينين » .

(٧) كذا فى ا و ب و حـ . وفى الأصل :« لأنه وجد تكرارا صفة اليمين » .

(٨) فى ب : « أريد » .

الإسلام أو كافر بالله ونحو ذلك إن فعل[1] كذا » ـ يكون يمينا ، وإن فعل يلزمه الكفارة، استحسانا .

وقال الشافعي : لا يكون يمينا ، قياسا .

وجه قولنا أن[2] الناس تعارفوا الحلف بهذه الألفاظ من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى يومنا هذا[3] من غير نكير . مع أن اليمين بغير الله معصية ـ دل أنها كناية عن اليمين بالله في العرف ، وإن لم يعقل معنى[4] كقولهم « لله علي أن أضرب ثوبي[5] حطيم الكعبة » كناية عن النذر بالصدقة في عرفهم ، وإن لم يعقل وجه الكناية ـ كذا هذا .

وأما إذا قال « هو يهودي أو نصراني[6] إن كنت فعلت كذا في الماضي[7] » كاذبا ، قصدا ، لا يلزمه الكفارة عندنا .

ولكن هل يكفر[8] ؟ اختلف المشايخ فيه[9] .

والصحيح أنه لا يكفر ـ كذا روى الحاكم الشهيد عن أبي يوسف ، لأن قصده ترويج كلامه دون الكفر[10] .

---

(١) كذا في حـ . وفي الأصل و ا و ب : « فعلت » .

(٢) « وجه قولنا أن » من حـ . وفي الأصل و ا و ب : « قياسا لأن الناس » .

(٣) « هذا » من ا و ب و حـ .

(٤) في ا و ب و حـ : « معناه » .

(٥) في ب : « بثوبي » .

(٦) « أو نصراني » من ب و حـ .

(٧) في حـ : « . . إن فعلت كذا في اليمين » .

(٨) « هل يكفر » ليست في ب .

(٩) « المشايخ فيه » من ا و ب و حـ .

(١٠) انظر الهامش ٣ من الصفحة المقبلة .

وكذا إذا قال « يعلم الله أنه فعل كذا » وهو يعلم أنه لم يفعل : لا رواية له، و[١] اختلف المشايخ فيه[٢]. والصحيح أنه لا يكفر[٣]. وقيل: هذا إذا كان عنده أنه[٤] لا يكفر، فأما إذا كان عنده[٥] أنه يكفر : إذا حلف به في الماضي أو[٦] في المستقبل وحنث في يمينه : إنه يكفر ، لأنه بالإقدام عليه صار مختارا للكفر ، واختيار الكفر كفر .

• • •

وأما اليمين بغير الله تعالى صورة ومعنى [٧]

بأن حلف بالإسلام أو بأنبياء الله تعالى أو بملائكته أو بالكعبة أو بالصلاة والصوم والحج أو قال « عليه سخط الله [٨] وعذابه » ، لا يكون يميناً ، ولا[٩] يجب عليه الكفارة.

• • •

وأما اليمين[١٠] بغير الله تعالى صورة وهي يمين بالله تعالى معنى :

فهو الحلف بذكر الشرط والجزاء، لأنه مانع[١١] عن تحصيل الشرط وحامل على البر، بمنزلة ذكر اسم الله تعالى ، وذلك نحو[١٢] قولهم « إذا

---

(١) « و » من ب و ا .
(٢) « فيه » من ب و ا .
(٣) « كذا روى الحاكم الشهيد ... والصحيح أنه لا يكفر » ليست في حـ . راجع الهامش ١٠ من الصفحة السابقة
(٤) « أنه » من ا و ب و حـ .
(٥) « عنده » ليست في ا .
(٦) في حـ : « و » .
(٧) في ب : « وأما اليمين بغير الله تعالى صورة وهي يمين الله تعالى معنى » .
(٨) زاد في ب هنا : « وغضبه » .
(٩) في ب : « فلا » . (١٠) كذا في ا و ب و حـ . وفي الأصل : « وأما الحلف » .
(١١) في ب : « لامانع من » . (١٢) « نحو » ليست في حـ .

دخلت هذه الدار فأنت طالق »[١] أو «إن دخلت» أو « متى دخلت » أو « إذا ما دخلت» أو «متى ما دخلت»: إذا وجد الدخول :طلقت، لأن هذه حروف الشرط . وقد[٢] وجد الشرط[٣] فيحنث في يمينه . ولو دخلت ثانيا[٤] لا تطلق ، لأن هذه الحروف لا تقتضي التكرار .

ولو قال « كلما دخلت هذه الدار فأنت طالق »[٥] فدخلت الدار ، تطلق . ولو دخلت ثانيا وثالثا : تطلق عند كل دخلة طلقة[٦] واحدة، لأن كلمة « كلما » توجب[٧] تكرار الأفعال .

وإذا طلقت ثلاثاً[٨] فتزوجت بزوج آخر ، وعادت إليه ، ثم دخلت الدار[٩] في المرة الرابعة ، لا تطلق ، لأن محل الجزاء قد فات .
ولو قال « كل امرأة أتزوجها فهي طالق » فتزوج امرأة :تطلق ، لوجود الشرط ،ولو تزوجها[١٠] ثانيا لا تطلق .

ولو تزوج امرأة أخرى تطلق[١١] . لأن كلمة« كل » توجب عموم

---

(١) « فأنت طالق» من ب و حـ .
(٢) كذا في ا و حـ . وفي الأصل : « فقد » .
(٣) « الشرط » من ا و حـ .
(٤) في حـ :« ثانية » وليست في ا .
(٥) « أو إن دخلت أو متى دخلت ... دخلت هذه الدار فأنت طالق » ليست في ب .
(٦) كذا في ا و ب و حـ . وفي الأصل : « تطلق » .
(٧) في ب : « تقتضي » .
(٨) « ثلاثا » من ا و ب و حـ .
(٩) « الدار » من ا و ب و حـ.
(١٠) « ولو تزوجها » ليست في حـ . وانظر الهامش التالي
(١١) « لوجود الشرط... أخرى تطلق » ليست في ب .

الأسماء، ولا توجب عموم الأفعال وتكرارها [١].

ولو جمع بين الشرطين لا يقع الطلاق إلا بوجودهما: فإن جمع بحرف العطف بأن قال «إن دخلت هذه الدار وهذه الدار» فلا يقع إلا بدخول الدارين، سواء قدم الشرط أو أخر، أو كان متوسطا. ويستوى الجواب بين أن يدخل الدار المذكورة أولا أو الثانية، لأن حرف الواو لمطلق الجمع، ولعطف الشيء على جنسه. فيكون الشرط معطوفا على الشرط لا على الجزاء [٢].

وإن عطف بحرف [٣] الفاء فقال «إن دخلت هذه الدار فهذه الدار [٤] فأنت طالق» فالم تدخل الدارين على الترتيب بأن تدخل الأولى ثم الثانية: لا يحنث، لأن حرف [٥] الفاء للجمع على سبيل الترتيب والتعقيب بلا فصل. ويستوى الجواب بين تقدم الشرط وتقدم [٦] الجزاء وتوسطه [٧].

ولو عطف بحرف «ثم» فقال: «إن دخلت هذه الدار ثم هذه الدار»: فالم يدخل [٨] الدارين، الأولى ثم الأخرى، بعد [٩] ساعة أو [٩] أكثر من

---

(١) كذا في حـ و ا . وفى الأصل و ب : «وتكراره» .
(٢) في حـ كذا : «إلا على الجزء» .
(٣) «بحرف» من ب و حـ . وفى ا : «حرف» .
(٤) «فهذه الدار» من ا و ب و حـ .
(٥) «حرف» من ا و حـ .
(٦) كذا في ا و ب و حـ . وفى الأصل : «وتقديم» .
(٧) في ا و حـ : «أو تقدم... أو توسطه» .
(٨) في ا : «تدخل» .
(٩) في ا و حـ : «من بعد» .
(١٠) الهمزة من ب .

ذلك: لا يحنث، لأن حرف «ثم» للترتيب على طريق التأخير.

وكذلك إذا أعاد حرف العطف مع الفعل فى هذه الفصول بأن قال «إن دخلت هذه الدار ودخلت هذه الدار [١]»: فالجواب لا يختلف. وكذلك فى حرف الفاء وحرف «ثم».

ولو[٢] قال «والله لا أكلم [٣]فلانا» ثم قال فى ذلك المجلس أو فى مجلس آخر «والله لا أكلم فلانا [٤]» أو قال لامرأته «إن دخلت هذه الدار فأنت طالق» ثم قال بعد ذلك «إن دخلت هذه الدار فأنت طالق» أو قال «والله لا أدخل هذه الدار» ثم قال بعد ذلك «على حجة إن دخلت هذه الدار» و [٥] «عبدى[٦] حر إن دخلت هذه الدار» فهذا على ثلاثة أوجه: إما أن لا[٧] يكون له نية، أو نوى بالثانية التغليظ والتشديد، أو نوى بالثانية الأولى:

ـ فإن لم يكن له نية، فهما يمينان، حتى لو دخل الدار [٨] مرة

---

(١) «ودخلت هذه الدار» من ا و ب و ح.

(٢) «لو» ليست فى ح و ا.

(٣) كذا فى ا و ب و ح. وفى الأصل: «لا أعلم».

(٤) كذا فى ب. وفى الأصل: «لا أعلم». «ثم قال فى ذلك المجلس... لا أكلم فلانا» ليست فى ح و ا.

(٥) «و» من ب.

(٦) فى ا: «عبدك».

(٧) «لا» من ا و ب و ح.

(٨) «الدار» من ب.

يلزمه كفارتان فى اليمين بالله تعالى ، وفى اليمين بالطلاق يقع طلقتان ، ويكون الدخول شرطا فى اليمينين[١] .

وإن نوى به التغليظ ، فكذلك ، لأن التغليظ فى أن يكون يمينين[٢] ، حتى يلزمه كفارتان ، ويقع طلاقان[٣] .

وإن نوى بالثانية الأولى ، كانت يميناً واحدة ، لأنه نوى التكرار ، وهو مستعمل فى العرف للتأكيد[٤] — إلا أن فى[٥] مسألة الطلاق لا يصدق فى القضاء[٦] .

---

(١) فى ا و ب و حـ : « فى اليمين » .

(٢) « يمينين » ليست فى حـ و ا .

(٣) فى ا : « طلاق » .

(٤) « للتأكيد » ليست فى ب . وفى ا و حـ : « مستعمل فى حرف التأكيد » .

(٥) « فى » ليست فى ا و حـ .

(٦) زاد فى ب : « والله تعالى أعلم » .

باب

الخروج والدخول[1]

رجل[2] قال لامرأته «أنت طالق[3] إن خرجت من هذه الدار إلا بإذني أو برضاي أو بعلمي أو بأمري أو بغير إذني أو بغير رضاي» ـ فهذا كله[4] سواء[5]: إذا خرجت بغير إذنه، أو بغير رضاه، أو علمه، أو أمره: حنث.

وهنا ثلاث[6] فصول: أحدها هذا.

والثاني ـ أن يقول «إلا أن آذن لك[7]» أو «حتى أرضى».

والثالث ـ أن يقول «إلا أن آذن لك» أو «إلا أن أرضى[8]».

---

(١) في ب: «باب الدخول والخروج».

(٢) في حـ و ا: «قال رحمه الله: رجل».

(٣) «أنت طالق» ساقطة من ا و حـ.

(٤) «كله» من ا و ب و حـ.

(٥) «سواء» ساقطة من ا و حـ.

(٦) «ثلاث» ليست في ا و حـ.

(٧) في ب: «حتى آذن لك» وانظر الهامش التالي.

(٨) في ب: «أو أن لا أرضى». أما في حـ ففيها تخليط إذ فيها: «والثاني أن يقول إلا إذا أذن لك أو إلى أن أرضى أما في الأول حتى أرضى أو حتى آذن والثالث أن يقول» وسيتبين هذا التخليط من التفصيل الآتي عند قوله «وأما الثاني» وقوله «وأما الثالث». — انظر فيما يلي ص ٤٤٩ و ٤٥٠.

أما فى الأول [1]:

<ف> يشترط الإذن فى كل مرة، لأنه حرم عليها [2] الخروج عاما، واستثنى [3] خروجاً موصوفاً بصفة : وهو أن يكون مأذونا فيه من جهته.

فإذا وجد خروج بإذن فهو خروج مستثنى عن يمينه ، فلا يكون داخلا تحت اليمين [4]. فلا يحنث [5].

وإذا خرجت بعد ذلك بغير إذن [6]، يحنث، لأن هذا ليس بخروج مستثنى ، واليمين باقية ، فيحنث ـ نظيره : إذا قال لامرأته « إن خرجت إلا بملحفة [7] ـ أو : إلا راكبة ـ فأنت طالق » : فإن وجد الخروج المستثنى ، لا يحنث ، وإن وجد لا [8] على ذلك الوصف ، يحنث ، لأن المستثنى غير داخل فى اليمين ، وغير المستثنى داخل ، فيحنث ، لوجود الشرط .

• • •

وأما الثانى ـ بكلمة «حتى» :

<ف> يكتفى فيه بالإذن مرة ، وتسقط اليمين .

---

(١) « أما فى الأول » ليست فى حـ و ا وإنما فيهما كما تقدم « والثالث أن يقول شرط الإذن » ـ راجع الهامش السابق .

(٢) كذا فى ا و ب و حـ . وفى الأصل : « عليه » .

(٣) فى ا و ب و حـ : « واستثناء » .

(٤) « فإذا وجد خروج . . . اليمين » ليست فى حـ و ا .

(٥) « فلا يحنث » من ب . وفى حـ و ا : « ولا يحنث » ـ راجع الهامش السابق .

(٦) فى ب : « بغير إذنه » .

(٧) فى ب : « ملتحفة » . وفى المصباح : الملحفة بالكسر هى المُلاءة التى تلتحف بها المرأة.

(٨) « لا » ليست فى ا و حـ .

وإذا خرجت بغير إذن[١]، يحنث . لأنه جعل الإذن غاية ليمينه ، لأن كلمة « حتى » كلمة[٢] غاية . فلا تبقى[٣] اليمين بعد وجود الغاية . فوجد الخروج الذى هو شرط الحنث . ولا يمين ، فلا يحنث . وقبل الإذن : اليمين باقية ، فيحنث بالخروج .

. . .

وأما الثالث - « إلا أن[٤] آذن لك » :

فعند عامة العلماء : هذا بمنزلة قوله « حتى » .

وقال الفراء[٥] من أهل النحو : هذا وقوله « إلا بإذنى » سواء[٦] .

. . .

ونجىء[٧] هذه الفصول بالفارسية :

- تُرا طلاق اَكَر بيرُون آى ازين سراى مَكَر بدَستُورى مَن[٨] .

يا كُويَد : بيرُون آى ازين سراى بى دَستُورى مَن[٩] .

- أو يقول : تُرَا طلاق اَكَرْ بيرُوْن آى ازين سراى تا مَن دَسْتُورى دِهم تُرَا[١٠] .

---

(١) فى ب : « بغير إذنه » .

(٢) « كلمة » ليست فى ب .

(٣) « فلا تبقى » من ا و ب و حـ . وفى الأصل : « غاية تبقى » .

(٤) « أن » من ا و ب و حـ .

(٥) هو يحيى بن زياد بن عبدالله بن منظور المعروف بالفراء . ولد بالكوفة سنة ١٤٤هـ، وأقام ببغداد . وتوفى سنة ٢٠٧ هـ . وكان إمام الكوفيين وأعلمهم بالنحو واللغة وفنون الأدب . وكان مع ذلك فقيها متكلما (ياقوت ، معجم الأدباء . وخير الدين الزركلى ، الأعلام) .

(٦) « آذن لك فعند عامة العلماء ... سواء » ليست فى ب و ا .

(٧) « ونجىء » ليست فى ب .

(٨) ترجتها : أنت طالق إن ذهبت خارج هذه الدار إلا بإذنى .

(٩) ترجتها : أو يقول : ذهبت خارج هذه الدار بغير إذنى .

(١٠) ترجتها : أو يقول : أنت طالق إن خرجت من هذه الدار حتى أمنحك الإذن .

ـ أو يقول : تُرَا سه طلاق أكَرْ اَزِينْ سرائى بيرُونْ آئى مَكَرْ مَنْ دَستورى دِهَمْ تُرَا[١] .

. . .

ولو أراد بقوله « إلا بإذنى » : « حتى آذن لك » ـ يصح نيته ، حتى لو أذن[٢] لها مرة : سقطت يمينه ، لأن بين الغاية والاستثناء مشابهة ـ ولكن قيل : يدين فيما بينه وبين الله تعالى ، دون القضاء ، لأنه خلاف الظاهر .

ولو أراد بقوله « حتى آذن لك »[٣] : « إلا بإذنى » ـ صحت نيته ، ويصدق فى القضاء ، لأنه نوى ما يحتمله كلامه[٤] ، وفيه تشديد على نفسه .

. . .

ولو أذن لها مرة ، فى قوله « إلا بإذنى[٥] » ، ثم نهاها عن الخروج ، قبل أن تخرج من الدار بإذنه ، يصح نهيه ، حتى لو خرجت بعد ذلك ، بغير إذنه ، يحنث فى يمينه ، لأنه صح رجوعه عن الإذن[٦] ، واليمين باقية ، فجعل كأنه لم يأذن .

---

(١) ترجمتها : أو يقول : أنت طالق ثلاثا إن ذهبت خارج هذه الدار إلا أن أعطيك الإذن .

ملاحظة : قام لنا بمراجعة هذه العبارات باللغة الفارسية وترجمة معانيها تلميذنا رضوان على الندوى (الهندى) الطالب بالصف الرابع بكلية الشريعة ـ وبين النسخ خلافات لفظية رأينا عدم الإشارة إليها اكتفاء بإثبات الصحيح فى المتن .

(٢) فى ا و حـ : « حتى لو قال » . و « لو » ساقطة من ب .

(٣) « لك » من ا و ب و حـ .

(٤) « كلامه » من ب .

(٥) « فى قوله : إلا بإذنى » ليست فى حـ و ا .

(٦) كذا فى ب و ا . وفى الأصل : « عن النهى » . وفى حـ : « عن الأول » .

وفي مسألة «حتى»: إذا[1] أذن ثم نهاها قبل الخروج[2]، فخرجت بغير إذنه ثانيا: لا يحنث. لأن اليمين سقطت بالإذن. فلا يعتبر النهي بعد ذلك.

ثم الحيلة في قوله «إن خرجت من هذه الدار إلا بإذني» حتى لا يقع الطلاق متى لم يأذن لها عند كل خروج، أن يقول لها: «كلما شئت الخروج[3] فقد أذنت لك» حتى يثبت الإذن في كل خرجة وجدت، لأن كلمة «كلما» توجب التعميم والتكرار.

وروى المعلى[4] عن محمد رحمه الله أنه قال في قوله «إلا بإذني»: إذا قال الزوج «قد أذنت لك عشرة أيام» فخرجت[5] مرارا[6] في العشرة: فإنه لا يحنث.

وكذلك لو قال «قد أذنت لك أبدا أو الدهر كله»[7]: فهذا إذن منه في كل مرة.

ولو أنه إذا أذن لها إذنا عاماً، ثم نهاها عن الخروج بعد ذلك نهيا عاما، عن الخرجات كلها - هل يعمل نهيه؟ روى عن محمد أنه يعمل، لأن النهي في الإذن الخاص يعمل، فكذلك في الإذن العام[8].

(١) «إذا» ليست في ب.
(٢) «وفي مسألة حتى ... الخروج» ليست في حـ.
(٣) «الخروج» ليست في ا و حـ.
(٤) راجع ترجمته في الهامش ٩ ص ٣٠ من الجزء الأول.
(٥) كذا في ا و حـ. وفي الأصل و ب: «فدخلت».
(٦) «مرارا» ليست في ا و حـ.
(٧) في حـ: «أو الدهر وفي مسألة حتى إذا أذن لها ثم نهاها قبل الخروج صح كله».
(٨) انظر الهامش التالي.

وروى عن أبي يوسف أنه قال : لا يعمل نهيه[1]، لأنه بالإذن العام صارت[2] الخرجات كلها[3] مأذونا فيها ـ والشرط هو الخروج الحرام ، فصار الشرط بحال لا يتصور وجوده . فلا[4] تبقى اليمين، فلا[5] يصح النهى بعد ذلك ، بخلاف الإذن الخاص .

ولو قال[6] : « إن خرجت إلا بإذن فلان » فمات فلان قبل الإذن: تبطل اليمين عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله . وقال أبو يوسف رحمه الله : اليمين باقية ، حتى لو خرجت بعد ذلك يحنث ، كما ذكرنا في مسألة الكوز[7].

ولو أذن لها بالخروج من حيث لا يسمع[8] في المسألة الأولى، فخرجت بعد الإذن: فإنه يحنث عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله . وعند أبي يوسف رحمه الله: لا يحنث .

فأبو يوسف[9] يقول : إن هذا إذن من وجه دون وجه[10] ، فإنه لا يحصل ما هو المقصود بالإذن ، وهو العلم المسموع[11] . وشرط الحنث

(١) « روى عن محمد ... لا يعمل نهيه » ليست في ب . راجع الهامش السابق .
(٢) التاء من ا و ب و حـ .
(٣) « كلها » ليست في ا و حـ .
(٤) و (٥) في حـ : « ولا » .
(٦) « قال » من ا و ب و حـ .
(٧) راجع فيما تقدم ص ٤٣٣ .
(٨) في ا : « لا تسمع » .
(٩) كذا في ب و ا . وفي الأصل : « قال أبو يوسف يقول » . وفي حـ : « فأبي يوسف » .
(١٠) « دون وجه » ليست في حـ .
(١١) في ا و ب : « بالمسموع » .

هو الخروج من غير إذن مطلقا ، فلا يحنث بالشك . وهما يقولان : إنه حرم عليها الخروج عاما ، واستثنى خروجاً مأذونا فيه مطلقا ، وهذا[١] مأذون من وجه ، فلم يكن هذا خروجا مستثنى ، فبقي داخلا تحت الحرمة.

ولو حلف رجل على زوجته أو على عبده ، أو سلطان حلف رجلا أن لا يخرج من الدار أو الكورة[٢] إلا بإذنه ، فبانت المرأة ، أو[٣] زال العبد عن ملكه ، أو[٤] عزل السلطان عن عمله ، ثم خرجوا ، بغير الإذن ، لم يحنث ، وسقطت اليمين ، وتتوقت[٥] اليمين ببقاء الولاية ، بدلالة الحال ، فإذا زالت الولاية ، انتهت اليمين .

وعلى هذا الغريم : إذا حلف المطلوب أن لا يخرج من بلده إلا بإذنه ، فإن خرج وعليه دين : يحنث . وإن خرج بعد القضاء والإبراء : لا يحنث ـ وتقيدت اليمين ببقاء الدين ـ وهذا من جملة يمين الفور على ما مر[٦] .

ولو قال لامرأته « إن خرجت من البيت فأنت طالق » ، فخرجت من البيت إلى صحن الدار ، يحنث ، لأن البيت غير الدار ، لأن البيت اسم لمُسَقَّف واحد ، والدار اسم لمحدود يجمع[٧] البيوت والمنازل.

وعلى هذا : إذا قال « إن دخل فلان بيتك » فدخل صحن[٨] دارها،

(١) كذا في ا و ب و حـ . وفي الأصل : « وهو » .
(٢) الكُورة الصُّقع ويطلق على المدينة (المصباح) .
(٣) و (٤) الهمزة من ا و حـ .
(٥) في ب : « ويتوقف » . وفي ا و حـ : « وتسقط اليمين وتوقف » .
(٦) راجع فيما تقدم ص ٤٣٥ .
(٧) كذا في ا . وفي الأصل و حـ : « يجمع » . وفي ب : « لجميع » .
(٨) « صحن » ليست في ا و حـ .

دون بيتها . لم يحنث ـ ولكن هذا فى عرفهم . فأما فى عرفنا فإن اسم البيت بالفارسية مطلقا يطلق[١] على الدار والمنزل . فيحنث .

وإن قال: « إن خرجت من هذه الدار » ، فخرجت من هذه[٢] الدار من أى[٣] باب كان ، و[٤] من أى موضع كان[٥]: من فوق حائط أو سطح أو نقب ، حنث ، لأن المراد[٦] الخروج من الدار و[٧] قد وجد ، وهو الانفصال من الباطن إلى الظاهر .

ولو قال « إن خرجت من باب هذه الدار ، فأنت طالق » فخرجت من أى[٨] باب كان ، حنث فى يمينه[٩] ، سواء كان من الباب القديم أو[١٠] الذى يحدث بعد اليمين ، لأنه[١١] ذكر الباب مطلقا . ولو خرجت من السطح أو من[١٢] فوق حائط أو نقب ، لا يحنث ، لأنه ليس بباب .

ولو عين الباب فقال « إن خرجت من هذا الباب » : لا يحنث ما لم

(١) فى ا و حـ : « ينطلق » .
(٢) « هذه » من ا و حـ .
(٣) « أى » من ا و ب و حـ .
(٤) « و » ليست فى حـ و ا . وفى ب : « أو » .
(٥) « كان » من ا و حـ .
(٦) « المراد » من ا و حـ .
(٧) الواو من ا و حـ .
(٨) « أى » من ا و ب و حـ .
(٩) « فى يمينه » من ب .
(١٠) الهمزة من ا و ب و حـ .
(١١) الهاء من ا و ب و حـ .
(١٢) « من » من ا و حـ .

تخرج من ذلك الباب المعين[١]، وإن خرجت من باب آخر، لايحنث[٢]. لأن فى التعيين فائدة فى الجملة، لأنه ربما يكون لذلك الباب المعين[٣] منفذ إلى الطريق الأعظم دون الثانى.

ولو قال «إن خرجت من هذه الدار إلا فى أمر كذا» فخرجت فى ذلك الأمر مرة[٤]، ثم خرجت لأمر آخر، يحنث، لأنه حرم عليها جميع الخرجات إلا خروجاً[٥] موصوفاً بصفة، فإذا وجد منها الخروج المستثنى لا يحنث، وإن وجد خروج آخر، يحنث[٦]، وإن عنى به الخروج مرة يصح ويصير «إلا» عبارة عن «حتى» مجازا، كأنه قال «إن خرجت من هذه الدار، حتى تخرج فى[٧]أمر كذا» ـ فإذا خرجت فى[٨]ذلك الأمر: يسقط اليمين، لوجود الغاية، لكن لا يدين فى القضاء، لأنه خلاف الحقيقة.

ولو قال «إن خرجت من الدار مع فلان فأنت طالق» فخرجت وحدها أو مع غير فلان، ثم خرج فلان ولحقها: لم يحنث، لأن حرف «مع» للصحبة والقران، ولم يوجد عند الخروج، والدوام على الخروج

---

(١) «المعين» من ا و حـ.

(٢) «لا يحنث» ليست فى ا و ب و حـ.

(٣) «المعين» ليست فى ا و حـ.

(٤) «مرة» ليست فى ا و ب و حـ.

(٥) فى ا و حـ: «الخرجات واستثنى خروجا».

(٦) فى ب: «وإن وجد خروج لم يحنث».

(٧)و(٨) فى ا و حـ: «من».

ليس بخروج[١] ، وإن وجد بقاء الخروج مع فلان .

ولو قال « إن خرجت من هذه الدار فأنت طالق » فدخلت في[٢] صحن الدار أو[٣] في بيت علو أو كنيف شارع إلى الطريق الأعظم ، فإنه لا يحنث ، لأن هذا لا يسمى خروجا من الدار .

ولو قال لها وهي خارجة من الدار « إن خرجت من الدار »: لا يحنث. وكذلك إذا كانت في الدار فقال «إن دخلت هذه الدار »: لا يحنث — ويقع على خروج ودخول[٤] مستأنف .

ومثله لو[٥] قال «إن قمت» أو قعدت، أو لبست، أو ركبت» وهي قاعدة، أو قائمة، أو راكبة، أو لابسة — فدامت على ذلك[٦] ساعة[٧] — يحنث .

وهذا[٨] كله مذهبنا — وقال الشافعي في الدخول والخروج: إنه يقع على الدوام .

والصحيح قولنا ، لأن[٩] الخروج هو الانتقال من الباطن إلى

---

(١) في ا و حـ : « ليس بشيء » .

(٢) في ا و حـ : « من » .

(٣) « أو » من ب .

(٤) « ودخول » ليست في ا و حـ .

(٥) في حـ : « واو » .

(٦) « على ذلك » ليست في ا و حـ .

(٧) « ساعة » ليست في ب .

(٨) كذا في ا و ب و حـ . وفي الأصل : « وكذا » .

(٩) في ا و حـ : « لأن » .

الظاهر والدخول على عكسه[١] ، وهذا مما لا دوام له[٢] ، وأما الركوب ونظائره : < فـ > فعل له دوام ، فيكون له حكم الابتداء .

وكذا إذا قال لها، وهى فى الأكل والضرب[٣]: « إذا[٤] أكلت — أو ضربت — فأنت طالق » ، فدامت على ذلك : يقع ، لأن كل جزء من هذا الفعل يسمى أكلا وضربا .

ولو قال لامرأته، وهى حائض أو مريضة : « إن حضت أو مرضت فأنت طالق[٥] » : فإنه يقع على الحادث ، فى العرف .

ولو نوى مايحدث من الحيض فى هذه المدة، أو يزداد من[٦] المرض: يصح ، لأن الحيض ذو أجزاء: يحدث حالا فحالا ، فتصح نيته .

ولو[٧] قال « إن حضت غدا » ، وهو لا يعلم أنها حائض ، فإنه يقع على الحيض الحادث . وإن كان يعلم : فإنه يقع على هذه الحيضة إذا دام الحيض[٨] منها إلى أن يطلع الفجر ، واستمر ثلاثة أيام ، لأنه لما علم أنها حائض وقد حلف[٩] ، فقد أراد استمرار الحيض ، ومالم يكن ثلاثة أيام لا يكون حيضا .

---

(١) فى ا و ب و حـ : « والدخول عكسه » .

(٢) فى ا : « عابه » .

(٣) زاد هنا فى الأصل و ب : « فقال » .

(٤) فى ا و ب و حـ : « إن » .

(٥) « فأنت طالق » من ا و حـ .

(٦) « من » من ب .

(٧) فى ا و حـ : « أو » .

(٨) فى حـ : « الحيضة ازداد الحيض » .

(٩) فى ا و حـ : « وحلف » .

ولو حلف أن لا[1] يدخل دارا أو بيتا أو مسجدا أو حماما ،فالدخول هو الانفصال من خارج ذلك الشيء إلى داخله ، فعلى أى وجه دخل : من الباب أو غيره ، حنث ، لوجود الدخول ، فإن نزل إلى[2] سطحها: حنث ، لأنه منها . وكذا إذا قام على حائطها ، لأن الدار اسم لما تدور عليه الدائرة ، وفى عرفنا لا يحنث .

ولو قام على ظُلَّة[3] لها شارعة ، أو كنيف شارع:إن كان مفتحه[4] فى الدار ،حنث . لأنه ينسب إليها . وإن قام على أُسْكُفَّة[5] الباب : إن كان الباب إذا غلق كانت الأسكفة خارجة منه،لم يحنث ، وإن بقيت من داخل الدار حنث . ولو دخل دهليز الدار ، حنث ،لأنه من داخل الدار[6]. ولو دخل[7] ظُلَّة باب الدار ، لايحنث، لأنها اسم للخارج. وإن أدخل الحالف إحدى رجليه فى الدار لا غير ، لايحنث ، لأنه لم يوجد الدخول مطلقا . وكذا إذا[8] أدخل رأسه دون قدميه .

ولو حلف[9] لا يدخل دارا ، فدخل دارا بعد انهدامها ، ولا بناء لها : لا يحنث .

---

(١) « أن » من ا و حـ .

(٢) فى ا و حـ :« على » .

(٣) الظُلَّة شىء كالصفة يستتر به من الحر والبرد (القاموس) .

(٤) فى ب :« إن كانت مفتحة » . وفى حـ :« أوكان مفتوحا » .وفى ا :« إن كان مفتوحا» .

(٥) الأسكفة خشبة الباب التى يوطأ عليها (القاموس) .

(٦) فى ا و حـ :« لأنه فى الدار » . وفى ب :« لأنه فى الداخل » .

(٧) « ولو دخل » ساقطة من ب .

(٨) فى ا و حـ :« لو » .

(٩) كذا فى ا و ب و حـ . وفى الأصل :« ولو قال » .

ولو قال « والله[1] لا أدخل هذه الدار » ثم دخلها بعد ذهاب البناء : يحنث . لأن البناء وصف مرغوب معتاد للدار ، فمتى ذكر منكرا يقع على الدار المتعارف ، وفى المعين[2] لايعتبر الصفة ، ويعتبر المعين[3] ، واسم الدار يقع عليه[4] بعد الانهدام .

ولو قال « لا أدخل هذا المسجد » فدخل بعد ذهاب البناء : يحنث ، لأنه مسجد ، وإن لم يكن مبنيا ـ وقالوا : إذا صعد سطح المسجد: يحنث . لأنه مسجد[5] .

ولو حلف لا يدخل بيتا ، أو هذا البيت . فدخله بعد ذهاب بنائه ، لايحنث ، لأنه اسم للمبنى[6] المسقف .

وإن حلف أن لايدخل بيتا ، فدخل[7] مسجدا ، أو الكعبة[8] ، أو بيعة ، أو كنيسة[9] ، أو بيت نار ، أو حماما ، أو دهليزا ، أو ظلة باب دار ـ لا يحنث . لأن هذه الأشياء لا تسمى بيتا فى العرف . وإن دخل صُفّة[10] : يحنث ـ وهذا فى عرف أهل الكوفة ، لأن الصُفّة عندهم بيت له

(١) « والله » من ا و حـ .

(٢) فى ا و حـ : « وفى المعنى » .

(٣) فى ا و ب و حـ : « المعين » .

(٤) « عليه » من ا و حـ . وفى الأصل و ب : « واسم الدار يبقى بعد الانهدام » .

(٥) « وإن لم يكن مبنيا . . . لأنه مسجد » ليست فى ا و حـ .

(٦) زاد هنا فى حـ : « و » .

(٧) « بيتا فدخل » من ا و ب و حـ .

(٨) كذا فى ا و حـ . وفى الأصل و ب : « كعبة » .

(٩) فى ب : « أو بيعة النصارى أو كنيسة اليهود » .

(١٠) فى القاموس : الصُفّة موضع مُظَلَّل .

أربع حوائط ، أما التي هي صُفَّة في عرفنا: <ف> لا يحنث .

ولو حلف لا يدخل من باب هذه الدار - لا يحنث ، مالم يدخل من الباب القديم .

ولو حلف لا يدخل من باب الدار[١] ، فمن أي باب دخل: حنث ، إلا إذا أراد به الباب المعروف: فيدين[٢] فيما بينه وبين الله تعالى ، دون القضاء.

ولو حلف لا يدخل دار فلان. فدخل دارا بين رجل وبين فلان[٣]: <ف> إن كان فلان ساكنا فيها: حنث. لأنه لو كان ساكنا فيها بالإجارة يحنث - وههنا أولى . وإن لم يكن ساكنا : لا يحنث[٤] ، لأن الدار مضافة إليهما ، لأن بعض الدار لا يسمى دارا .

ولو حلف لا يزرع أرض فلان ، فزرع أرضا بين فلان وبين آخر: حنث ، لأن كل جزء من الأرض يسمى أرضا .

ولو حلف لا يدخل بيت فلان . ولا نية له ، فدخل صحن داره ، وفلان ساكن فيها[٥] ، لا يحنث ، حتى يدخل البيت . وإن نوى بقوله

---

(١) « لا يدخل من باب الدار » ليست في حـ في هذا الموضع وقد قدمت هذه العبارة فيها خطأ فجاءت في المسألة السابقة قبيل « الباب القديم » .

(٢) الفاء من ب .

(٣) في ا و حـ : « دار فلان وغيره » .

(٤) في حـ : « وإن لم يكن ساكنا فيها بالإجارة يحنث » . وفي ب : « وإذا لم يكن ساكنا لأن الدار » .

(٥) في ا و حـ : « صحن دار فلان فيها ساكن »

لا يدخل[١] بيت فلان ، مسكنه ، يحنث ـ وهذا على عرفهم[٢] .

ولو حلف لا يدخل هذه الدار إلا مجتازا أو عابر سبيل : فإن دخل وهو لا يريد الجلوس ، لا يحنث ، لأنه استثنى الدخول بصفة الاجتياز . وإن دخل يعود مريضا ومن رأيه الجلوس عنده ، يحنث ، لأن هذا[٣] غير مستثنى ، وإن دخل لا يريد الجلوس ، ثم بدا له بعدما دخل فجلس[٤] : لم يحنث ، لأنه لم يحنث بدخوله ، والبقاء على الدخول ليس بدخول . وإن نوى بقوله « لا يدخلها إلا[٥] مجتازا » النزول فيها والدوام ، لا يحنث بالجلوس ، لأنه يقال دخلت عابر سبيل بمعنى أنه لم يدم على الدخول ولم يستقر .

ولو حلف لا يسكن هذه الدار وهو خارج منها ، فالسكنى أن يسكنها بنفسه ، وينقل إليها من متاعه ما يتأثث به ويستعمله فى منزله ، فإن كان له أهل ينقله أيضا[٦] ، فإذا فعل ذلك فهو ساكن ، وهو حانث فى يمينه ، لأن السكنى هو الكون[٧] فى المكان على طريق الاستقرار والمداومة ،

---

(١) فى ا و حـ : « وإن أراد بقوله : لا أدخل » .

(٢) فى حـ : « وعلى هذا عرفهم » . وفى ا : « وهذا فى عرفهم » .

(٣) « هذا » من حـ و ا . وفى ب : « لأنه غير » .

(٤) فى ا و حـ : « أن يجلس » .

(٥) « إلا » ليست فى ا و ب و حـ . و « مجتازا » غير واضحة فيها .

(٦) كذا فى ا و ب و حـ . وفى الأصل خطأ إذ وضعت فيه عبارة « وهو خارج منها » محل عبارة « فإن كان له أهل ينقله أيضاً » ووضعت هذه محل تلك .

(٧) فى ا و حـ : « هو السكون » .

وذلك يكون بما يسكن به عادة : ألا ترى أن من جلس فى المسجد وبات فيه ، لم يكن ساكنا المسجد ، ولو أقام بما يتأثث[1] به ، يوصف بكونه ساكن المسجد ، فكان معتبرا فى اليمين .

ولو كان الرجل ساكنا فى دار ، وحلف لا يسكنها ، فإنه لا يبر فى يمينه ، ما لم ينتقل بنفسه وأهله وولده ومتاعه ، ومن يأويها لخدمته ، وللقيام بأمره فى[2] منزله ، لأن السكنى فى الدار بهذه الأشياء ، فكان ترك السكنى فيها ، بضدها . فإذا لم يأخذ فى النقلة[3] من ساعته ، مع الإمكان ، يحنث فى يمينه ، ولو أخذ فى النقلة[4] من ساعته[5] : لا يحنث ، وإن كان فيه < من > السكنى[6] قليل ، لأنه[7] لا يمكن الاحتراز عنه[8] ، فكان مستثنى دلالة — وهذا عندنا ، خلافا لزفر .

ولو انتقل بنفسه ، ولم ينتقل بمتاعه وأهله . قال أصحابنا : يحنث . وقال الشافعى : لا يحنث .

والصحيح قولنا ، لما قلنا إن السكنى فى المكان بما يسكن به عادة ،

---

(1) فى ا و ب و حـ : « ولو أقام فيه ما يتأثث به » .

(2) فى ب : « وفى » .

(3) كذا فى حـ و ا . وفى الأصل و ب : « بالنقلة » .

(4) كذا فى ب و ا . وفى الأصل : « بالنقلة » .

(5) « مع الإمكان يحنث ... من ساعته » ليست فى حـ .

(6) فى ا و ب و حـ : « فيها سكنى » .

(7) « لأنه » من ا و ب و حـ .

(8) « عنه » من ا و ب و حـ .

وبأهله إن كان له أهل ، فكان ترك السكنى بترك[1] الكل - بخلاف ما إذا حلف لايسكن فى بلد كذا، فخرج منه وترك أهله فيه،لم يحنث - لأن فى العادة لايقال لمن بالبصرة وأهله بالكوفة إنه ساكن بالكوفة، فأما إذا انتقل بنفسه وأهله ومتاعه وترك من أثاثه شيئا قليلا ،فإن أباحنيفة رضى الله عنه قال : يحنث[2] ، وقال أبو يوسف : إذا كان المتاع المتروك لا يشغل بيتا أو بعض الدارعلى ما يتعارف الناس ، لا يحنث . وكان أصحابنا رحمهم الله يقولون : معنى قول أبى حنيفة:إذا ترك شيئا يسيرا ، عنى[3] به ما يسكن به،ويعتد به فى التأثث.فأما لوخلف فيها[4] وتدا أومكنسة:لم يحنث .

فإن منع من التحول ومنعوا متاعه وأوثقوه وقهروه ، فإنه لا يحنث ، وإن أقام على ذلك أياما ، لأنه ليس بساكن ، إنما هو مسكن[5] عن إكراه .

وقال محمد رحمه الله : إذا خرج من ساعته ، وخلف متاعه كله فى المسكن ، ومكث فى طلب المنزل أياما ثلاثة[6] . فلم يجد ما يستأجر ، وكان[7] يمكنه أن يخرج من المنزل ويضع متاعه خارجا من الدار : لا يحنث.

---

(١) كذا فى ا . وفى الأصل و حـ :« يترك » . وفى ب :« ترك ».
(٢) فى حـ و ا :« لا يحنث » .
(٣) فى ب و ا :« أعنى » .
(٤) فى حـ و ا :« خلف وترك فيها » .
(٥) « إنما هو مسكن » من ب . وفى حـ و ا :« وإنما هو يسكن ».
(٦) كذا فى ا و ب و حـ . وفى الأصل :« أياما ثلاثا » .
(٧) كذا فى ا و ب و حـ . وفى الأصل :« فكان » .

لأن هذا من عمل النقلة[1] عادة، لأن المعتاد أن ينتقل من منزل إلى قصده منزل، لا أن[2] يلقى متاعه على الطريق.

وقال محمد: لو كان الساكن موسرا و[3] له متاع كثير، وهو يقدر على أن يستأجر من ينقل متاعه فى يوم، فلم يفعل، وجعل ينقل بنفسه الأول فالأول، ومكث فى ذلك سنة، وهو لا يترك الاشتغال بالنقل ـ فإنه[4] لا يحنث، لأنه لا يلزمه الانتقال بأسرع الوجوه.

ولو قال «عنيت به أن لا أسكن[5] بنفسي»: <ف> فى المسألة الأولى: فيما لم يكن ساكناً فيها، يصدق فى القضاء، لأنه شدد على نفسه. وفى المسألة الثانية: فيما إذا[6] كان ساكناً فيها[7]، يصدق فيما[8] بينه وبين الله تعالى، دون القضاء، لأنه نوى خلاف الظاهر والعادة[9].

• • •

ولو حلف **لا يدخل على فلان**، ولم يسم شيئاً: فإنه يحنث إذا كان يقصده بالدخول. وإن لم يقصده، بالدخول[10]: لا يحنث ـ ولهذا قلنا: إذا دخل عليه فى بيت رجل آخر ولم يقصده بالدخول، لا يحنث، لأن

(١) فى ا و حـ: «النقل». والنُّقْلَة اسم بمعنى الانتقال (المنجد).
(٢) فى ب و حـ: «إلا أن». وفى ا: «لأن».
(٣) فى حـ: «أو».
(٤) «فإنه» من ا و ب و حـ.
(٥) كذا فى ا و ب و حـ. وفى الأصل: «لا يسكن».
(٦) «إذا» من ب.
(٧) «فيها» ليست فى ا و حـ.
(٨) «يصدق فيما» من ا و ب و حـ.
(٩) فى ا: «خلاف ظاهر العادة». وفى حـ: «نوى بخلاف الظاهر العادة».
(١٠) «بالدخول» من ا و حـ.

بهذا الاستخفاف[١] به وترك إكرامه[٢]، وذلك لا يكون إلا مع القصد.

وذكر ابن سماعة في نوادره ضد هذا، فقال في رجل[٣] قال «والله لا أدخل على فلان بيتاً» فدخل بيتاً على قوم وفيهم فلان ولا يعلم به الحالف ـ فإنه حانث بدخوله، لأن الشرط وجد، والعلم بشرط الحنث[٤] ليس بشرط في الحنث[٥]، كمن حلف لا يكلم زيداً، فكلمه، وهو لا يعرفه[٦] ـ إلا أن ظاهر المذهب ماذكرنا.

ولو دخل عليه في مسجد أو ظُلّة أو سقيفة أو دهليز دار: لم يحنث، لأن الدخول المعتاد على الإنسان للزيارة في البيوت خاصة. وفي عرف بخارى: يحنث في المسجد، لأنهم يجلسون فيه للزيارة.

ولو دخل عليه[٧] في خيمة أو فسطاط أو بيت شعر: لم يحنث، إلا أن يكون المحلوف عليه[٨] من أهل البادية، لأن الدخول على غير البدوي في البيوت[٩]، وفي حق البدوي ماهو بيوتهم: من الشعر[١٠].

---

(١) في ب و حـ: «الاستحقاق».

(٢) في ب: «الكرامة».

(٣) في ب: «يقال رجل». وفي ا و حـ: «فقال: رجل».

(٤) كذا في ب و حـ. وفي الأصل: «بشرط الخيار». وفي ا: «والعلم شرط الحنث».

(٥) «ليس بشرط في الحنث» ليست في ب.

(٦) كذا في ا و ب و حـ. وفي الأصل: «لا يعرف».

(٧) و (٨) «عليه» ليست في ا و حـ.

(٩) في ب: «في غير البيوت».

(١٠) العبارة في الكاساني (٣: ٤١: ١٨): «فإن دخل عليه في فسطاط أو خيمة أو بيت شعر: لم يحنث، إلا أن يكون الحالف من أهل البادية لأنهم يسمون ذلك بيتا، والتعويل في هذا الباب على العرف والعادة».

ولو دخل فى[1] داره ، والرجل فى البيت ، لم يحنث ، لأنه ليس بدخول عليه .

ولو كان فى صحن الدار ، حنث ، لأنه دخول عليه عادة[2] .

ولو دخل الحالف[3] داراً ليس فيها[4] فلان ، فدخل فلان تلك الدار : لا يحنث ، لأنه ما دخل على فلان ، بل فلان دخل عليه ، فلا يحنث[5][6] .

---

(١) كذا فى ا و ب و حـ . وفى الأصل : « عن » .

(٢) كذا فى حـ و ا . وفى الأصل : « لأنه دخل عادة » . وفى ب : « لأنه دخل عليه عادة » .

(٣) كذا فى ا و ب و حـ . وفى الأصل : « على الحالف » .

(٤) كذا فى ا و ب و حـ . وفى الأصل : « فيه » .

(٥) « عليه فلا يحنث » ليست فى ا و حـ . و « فلا يحنث » ليست فى ب .

(٦) زاد فى ب : « والله تعالى أعلم بالصواب وإليه المرجع والمآب » .

باب

الأكل والشرب

أصل[1] الباب أن الأكل إيصال ما يتأتى فيه[2] المضغ بفمه إلى جوفه، مضغه[3] أو لم يمضغه[4]. والشرب إيصال[5] ما لا يتأتى فيه المضغ إلى جوفه حال[6] وصوله، مثل الماء، والنبيذ، واللبن، والعسل الممزوج. والذوق هو[7] معرفة طعم الشيء المذوق، بفمه، بإيصال الشيء إليه، سواء ابتلعه أو مجه من فمه. فكل أكل فيه ذوق، لكن الذوق ليس بأكل.

• • •

إذا ثبت هذا فنقول[8]:

إذا حلف لا يأكل أو[9] لا يشرب، فذاق: لم يحنث.

وإذا حلف لا يذوق طعاماً أو شراباً، فأكل أو شرب، أو أدخله[10] في فمه، وعرف طعمه، ثم مجه، حنث، لوجود الذوق.

---

(١) في ح: «قال رحمه الله: أصل».

(٢) في ح: «ما يأتي به».

(٣) في ح: «يمضغه». وفي ا: «يمضغه».

(٤) «أو لم يمضغه» ليست في ا.

(٥) «إيصال» من ا و ب و ح.

(٦) «حال» ساقطة من ح.

(٧) في ا و ب و ح: «وهو».

(٨) الفاء من ح.

(٩) في ا و ب و ح: «و».

(١٠) كذا في ب و ح. وفي ا: «أدخل». وفي الأصل: «دخله».

ولو حلف لا يذوق شيئاً وعنى[1] به أكله أو شربه ، فإنه تصح نيته ، ولا يحنث ، بالذوق، لأن اسم الذوق قد[2] يقع عليهما في العرف : يقول الرجل : ماذقت[3] اليوم شيئاً، وما ذقت إلا الماء - يريد به الأكل والشرب.

ولو حلف لا يذوق ماء ، فتمضمض في الوضوء ، لا يحنث في يمينه ، لأن قصده التطهير ، دون معرفة الطعم .

ولو حلف لا يأكل طعاماً ، فإنه يقع على الخبز ، واللحم ، والفاكهة ، وما يؤكل على سبيل الإدام مع الخبز، لأن الطعام اسم لما يطعم في اللغة، وفي العرف صار اسماً لما يؤكل بنفسه أو مع غيره عادة .

وكذا إذا حلف لا يأكل من طعام فلان، فأكل شيئاً مما ذكرنا من طعام فلان: يحنث . ولو أخذ نبيذ[4] فلان أو ماءه[5] فأكل بخبز نفسه: لا يحنث ، لأن هذا يسمى آكلاً طعام نفسه عادة .

ولو حلف لا يأكل هذا اللبن ، فأكله[6] مع الخبز : حنث ، لأن اللبن هكذا يؤكل عادة . ولو شربه : لا يحنث ، لأن هذا ليس بأكل .

ولو حلف لا يأكل الرمان أو العنب ، فمصه[7] ورمى ثفله وابتلع

---

(١) في ا و حـ : « شيئا عنى » .

(٢) « قد » ليست في ا و حـ .

(٣) كذا في ا و ب و حـ . وفي الأصل: « ما ذاقت » .

(٤) « نبيذ » ساقطة من حـ .

(٥) كذا في ا و ب و حـ . وفي الأصل : « نبيذ فلان من طعام فلان أو ماء » .

(٦) الهاء من ا و ب و حـ .

(٧) في ا و ب و حـ : « فمضغه » .

ماءه : لا يحنث . ولو ابتلع العنب أو[1] الرمانة، من غير مضغ : يحنث ، لأن الأول شرب ، والثانى أكل .

. . .

ولو حلف لا يأكل هذا اللبن . فأكل مما[2] يتخذ منه ، من الجبن والأَقِط[3] ونحوهما : لا يحنث ، لأنه قد تغير ، فلا يبقى له اسم العين.

وكذا إذا حلف لا يأكل هذا الكُفُرَّى[4] فصار بُسْرا ، أو من هذا البُسْر فصار رُطَبا[5] ، أو رُطَباً[6] فصار تمراً ، لأنه تغير الأول ،

ولو حلف لا يأكل هذه[7] البيضة فأكل من فرخ خرج منها ، أو حلف لا يشرب من هذا الخمر ، فصار خلاً ، فشرب : لا يحنث ، لأنه تغير عن أصله .

ولو حلف لا يأكل من لحم هذا الجمل أو هذا الجدى[8] ، فصار كبشاً أو تيساً — <ف> إنه يحنث ، لأن العين قائم<ة> لم تتغير ، واليمين وقعت على الذات المعينة[9] .

---

(١) الهمزة من حـ و ا .

(٢) فى ب : « ما » .

(٣) الأَقِط بفتح الهمزة وكسر القاف . وقد تسكن القاف للتخفيف مع فتح الهمزة وكسرها — يتخذ من اللبن المخيض : يطبخ ثم يترك حتى يمصل (المصباح) . وفى ا : « أو الأقط » .

(٤) بضم الكاف وفتح الفاء وتشديد الراء — كمّ النخل لأنه يستر ما فى جوفه (المغرب) .

(٥) البُسْر التمر إذا لوّن ولم ينضج . والرُطَب ما نضج من البُسْر قبل أن يصير تمرا . والتمر اليابس من ثمر النخل (المنجد) .

(٦) فى ا : « أو من هذا الرطب » . راجع الهامش السابق .

(٧) فى حـ و ا : « من هذه » .

(٨) فى حـ : « أو الجدى » .

(٩) التاء من حـ و ا .

وكذا[١] فى غير هذا :

إذا حلف لايكلم هذا الشاب، فكلمه بعد ما شاخ[٢]، حنث، لأن العين لم تتغير .

ولو حلف لايكلم شاباً ، فكلم[٣] شيخاً : لايحنث، لأن اليمين تقع على موصوف منكر[٤]، فيكون الصفة بمنزلة الشرط .

• • •

ولو حلف لا يذوق من هذا اللبن شيئاً ، فصب فيه ماء ، فذاقه : روى عن أبى يوسف أنه إن بقى لون اللبن وطعمه يحنث، وإن كان اللبن أقل[٥]. ولو[٦] ذهب طعمه ولونه لايحنث، وإن كان اللبن أكثر - فاعتبر[٧] فى الغلبة ظهور اللون[٨] والطعم ، دون كثرة[٩] الأجزاء . وذكر محمد رحمه الله فى «الأصل» هذه المسألة وقال: إذا كان اللبن مغلوباً: لايحنث - وظاهره يقتضى غلبة الأجزاء .

فأما إذا اختلط المحلوف عليه بجنسه، أن اختلط اللبن المحلوف عليه[١٠] بلبن آخر من جنسه : < ف > قال أبو يوسف: إذا كان اللبن المحلوف عليه

(١) هكذا فى ا و ب و حـ . وفى الأصل : « فكذا » .
(٢) فى ا و حـ : « بعدما صار شيخا » .
(٣) فى حـ : « فكلمه » .
(٤) فى ا و حـ : « الموصوف المنكر » .
(٥) فى ا و ب و حـ : « وإن كان الماء أكثر » .
(٦) « او » ليست فى ا و حـ - ففيهما : « وذهب » .
(٧) كذا فى ا و ب و حـ . وفى الأصل : « واعتبر » .
(٨) فى حـ : « اللبن » .
(٩) التاء من ا و ب و حـ .
(١٠) « بجنسه ... المحلوف عليه » ليست فى ا و حـ .

مغلوباً[١] : لايحنث ، لأنه فى معنى المستهلك . وقال محمد : يحنث ، وإن كان مغلوباً ، لأن الشيء لايصير مستهلكاً بجنسه ، وإنما يصير مستهلكاً بخلاف جنسه . وذكر فى «الأصل» : رجل حلف لا[٢] يأكل سمناً[٣] فأكل سويقاً لَتَّه[٤] بسمن ، ولا نية له : إن كان يستبين السمن فى السويق ، فيوجد طعمه ، يحنث ، وإلا فلا — لما قلنا . ومحمد إنما لم[٥] يجعل خلط الجنسين استهلاكاً إذا كان الجنس ، والنوع ، والصفة ، واحداً ، وأما إذا اختلف النوع ، كلبن الضأن ولبن[٦] المعز . أو اختلفت الصفة ، كالماء العذب بالماء المالح ، فإنه يجعله استهلاكاً ، ويعتبر فيه الغلبة ، كما فى الجنسين .

وإذا[٧] حلف لا يأكل لحماً ، فأى لحم أكل ، حنث ، سوى لحم[٨] السمك ، لأنه ناقص فى معنى اللحمية[٩] . ولو أكل شحم الظهر ، يحنث ، لأنه لحم سمين . ولو أكل شحم البطن والالية ، لايحنث ، لأنه لايسمى لحماً ، ولو نوى ، يحنث ، لأن فيه معنى اللحم من وجه ، وهو الدسومة . وفى لحم السمك ، إذا نوى ، يحنث ، لأنه لحم ناقص .

---

(١) فى ب : « مغلوما » .
(٢) « لا » من ا و ب و حـ .
(٣) فى حـ : « سينا » .
(٤) فى ا و ب و حـ : « لت » . والسَّويق هو الناعم من دقيق الحنطة والشعير (المنجد) .
(٥) « لم » من حـ . وفى ب : « إنما جعل » .
(٦) فى ا و حـ : « بابن » .
(٧) كذا فى ا و ب . وفى الأصل : « فإذا » . وفى ب : « واو » .
(٨) « لحم » ليست فى ب . وفى ا و حـ : « سوى أكل لحم » .
(٩) فى حـ و ا : « اللحم » .

ولو أكل مافى البطون ، سوى شحم البطن: يحنث ـ وهذا فى عرفهم، لأن يباع مع اللحم ، وأما فى الموضع الذى لا يباع مع اللحم ، لا ينصرف يمينه[١] إليه ، فلا يحنث .

ولو أكل لحم خنزير أو[٢] لحم إنسان أو ميتة : يحنث ، لأنه لحم حقيقة ، وإن كان حراماً .

ولو أكل لحم الرأس من الحيوانات ، سوى السمك : يحنث ، لأنه لحم عضو من الحيوان .

• • •

ولو حلف لا يأكل شحماً . فأكل شحم الظهر : لا يحنث عند أبى حنيفة، خلافاً لهما ، لأنه لحم سمين ، ولكن يقع اليمين على شحم البطن .

• • •

ولو حلف لا يأكل رأساً أو لا يشترى : إن نوى الرءوس كلها : انصرف إليها[٣] ، لأنه نوى حقيقة كلامه، وشدد على نفسه. وإن لم يكن له نية : قال أبو حنيفة : يقع على رأس الغنم والبقر ، وعند زفر :على رأس الإبل أيضاً ، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله : يقع[٤] على رأس الغنم خاصة ـ وقيل: هذا اختلاف عصر وزمان، ويعتبر العرف والعادة، فى كل بلد.

• • •

---

(١) كذا فى ح و ا . وفى الأصل : « يمينهم » . وفى متن ب : « يمينهم » وفى هامشها : « لعله : يمينه » .

(٢) الهمزة من ا و ب و ح .

(٣) فى ح و ا : « انصرفت إليها » . وفى الأصل : « انصرف إليه » . وفى ب : « ينصرف إليه » .

(٤) « يقع » من ا و ب و ح .

وإذا حلف لا يأكل بيضاً : < ف > إن نوى بيض كل شيء : يقع عليه ، لأنه نوى حقيقة كلامه، وفيه تشديد. وإن لم يكن له نية: ينصرف إلى بيض الطير والدجاج والأوز ، بدلالة العرف .

ولو حلف لا يأكل فاكهة ـ فهذه المسألة على ثلاثة أوجه :

ـ في وجه يحنث بالاتفاق، وهو أنه[١] يقع على ثمرة[٢] كل شجر[٣]، سوى العنب والرطب والرمان ، ويستوي في ذلك الرطب واليابس ، لأنها اسم لما يتفكه به[٤] ويؤكل قبل المائدة وبعدها .

ـ وفي وجه لا يحنث بالاتفاق ، وهو أن يأكل[٥] القثاء والخيار والخوخ[٦] والجزر[٧]، لأنها تؤكل[٨] مع البقول .

ـ وفي وجه اختلفوا فيه ، وهو العنب[٩] والرطب والرمان: <ف> إذا لم يكن له نية : < ف > عند أبي حنيفة: لا يحنث ، وعندهما: يحنث . وإن نوى هذه الأشياء عند الحلف : يحنث، بالإجماع ـ ومشايخنا قالوا : هذا

---

(١) في حـ و ا : « أن » .

(٢) في ا و ب و حـ : « ثمر » .

(٣) في ا : « شجرة » .

(٤) كذا في ا و ب و حـ . وفي الأصل : « بها » .

(٥) كذا في ا و ب و حـ . وفي الأصل هكذا : « يا كان » .

(٦) كذا في حـ . وفي ا : «والبطيخ». وفي ب كذا: « والجرح» . وفي الأصل : «والحدج» . والحَدَج الحنظل الفج الصلب (المنجد) .

(٧) في حـ : « والجوز » .

(٨) في ا : « تزرع » .

(٩) كذا في ا و ب و حـ . وفي الأصل : « وهو أن العنب » .

اختلاف عرف[١] وزمان، وكان[٢] فى زمن أبى حنيفة[٣] لا[٤] يعدونها من جملة الفواكه فأفتى على عرف زمانه ،وتغير العرف فى زمانهما ـ وفى عرفنا : ينبغى أن يحنث فى يمينه أيضاً.

. . .

ولو حلف لا يأكل فاكهة[٥] يابسة . فأكل الجوز واللوز والتين ونحوها : يحنث . وفى عرفنا : فى الجوز لا يحنث ، لأنه لا يتفكه بالجوز اليابس .

. . .

وإذا حلف لا يأكل حَلْواء[٦] أو حُلوا أو حلاوة. فأكل السكر والفانيذ[٧]، وكل شيء فيه حلاوة ، و[٨]ليس من جنسه حامض: يحنث، المتخذ وغير المتخذ سواء ، كالفالوذج والخبيص والناطف . ولو أكل شيئاً حلواً ،من جنسه حامض،مثل العنب[٩] والرمان الحلو[١٠]،والتفاح

(١) فى ا و ب و حـ : « عصر » .

(٢) « وكان » ليست فى ا و حـ ،وفى ب : « لأن » ـ انظر الهامش التالى .

(٣) فى ا : « فى زمن أبى حنيفة كانوا » . وفى حـ : « فى عصر أبى حنيفة كانوا » .

(٤) « لا » ليست فى حـ و ا .

(٥) « فاكهة » ليست فى ب .

(٦) فى الأصل وغيره : « حلوا » . ولعلها : « حلوى » . ويجوز فيها المد والقصر فيقال : حَلْواء وحَلوى والجمع حَلَاوَى (المغرب والمنجد) . وسيأتى بعد قليل قوله : « وأما فى الحَلْواء » . وانظر الكاسانى ، ٣ : ٥٩ ـ ٦٠ .

(٧) الفانيذ نوع من الحلوى يعمل من القَنْد والنَّشا .وهى كلمة أعجمية (المصباح). والقَنْد ما يعمل منه السكر (المصباح).وفى المنجد ما يفيد أن القَنْد هو قصب السكر .

(٨) الواو من حـ .

(٩) « العنب » من ا و ب و حـ .

(١٠) « الحلو » ليست فى حـ ففيها : « والرمان » فقط .

الحلو، لايحنث ـ وهذا فى عرفهم، وفى عرفنا: إذا كان اليمين على الحلاوة والحلو فكذلك، فأما فى الحَلْواء: <فى> يقع على المصنوع من الحلاوة وحدها، أو مع[١] غيرها كالخبيص والناطف، فلا[٢] يقع على السكر والفانيذ على الانفراد.

. . .

ولو حلف لا يأكل الحنطة، يقع على أكل عينها، مقلية ومطبوخة، ولا يقع على الخبز، وما يتخذ من الدقيق. وعلى قولهما[٣]: يقع[٤] على ما يتخذ منها. ولو أكل من عينها ففيها روايتان ـ وأصل المسألة أن الكلام إذا كان له حقيقة مستعملة، ومجاز متعارف، فالعمل بالحقيقة أولى عند أبى حنيفة، وعندهما: العمل بعموم المجاز أولى، وهذا مما يعرف فى الجامع الكبير فيمن حلف لايشرب من الفرات أو من هذا النهر[٥]: فعند أبى حنيفة: يقع على الشرب كرعاً[٦] حتى لو اغترف بإناء أو بيده: لايحنث، وعندهما: يقع عليهما، لعموم المجاز.

. . .

ولو حلف لايشرب من الجب، أو البئر، وهو[٧] غير ملآن، فشرب بيده أو بإنائه: يحنث، لأنه لايمكن الشرب منه[٨] كرعاً.

. . .

(١) فى ا و حـ: « وحدها أما مع ».
(٢) كذا فى ا. وفى الأصل و ب: « أما لا يقع ». وفى حـ: « لايقع ».
(٣) فى ب: « وعلى قولهم ».
(٤) « يقع » من ا و ب و حـ.
(٥) فى ا: « هذا البحر ».
(٦) كَرِعَ فى الماء أو الإناء: مد عنقه وتناول الماء بفيه من موضعه (المنجد).
(٧) « وهو » من ب. وليست فى ا و حـ. وفى الأصل: « وهى ».
(٨) « منه » من حـ و ا.

ولو حلف لا يأكل من هذا الدقيق ، فأكل مما يتخذ منه : يحنث ، لأن عينه لا يؤكل .

وعلى هذا الأصل : إذا حلف لا يأكل من هذه الشجرة، فأكل من ثمرتها يحنث ، لأن[1] عينها لا تؤكل .

. . .

ولو حلف لا يأكل ، ولا يشرب، ولا يلبس ، ونوى طعاماً خاصاً، وشراباً خاصاً ، وثوباً خاصاً: فإنه لا يصدق، لأنه نوى خلاف[2] مقتضى كلامه، ولا عموم له[3] .

ولو قال لا آكل طعاماً ، ولا ألبس ثوباً ، ونوى طعاماً بعينه ، وثوباً بعينه : يصدق ، لأنه نوى تخصيص الملفوظ .

. . .

ولو حلف لا يأكل إداماً فهذا على ثلاثة أوجه :

ـ إن أكل ما يصطبغ به ويأتزق بالخبز ، كالزيت والخل : يحنث ، بالاتفاق، لأن هذه الأشياء تصير تبعاً للخبز ، ولا تؤكل مقصودة، بنفسها ، والإدام اسم لهذا .

ـ وإن أكل مع الخبز عنباً وسائر الفواكه أو البقول ،لا يحنث، بالاتفاق ـ لأنها لا تؤكل إداما مقصوداً ، بل هي تبع للأكل مع الإدام .

---

(١) في حـ و ا : « من هذه الشجرة فإنه يقع على الثمرة لأن عينها لا تؤكل ».

(٢) « خلاف » من حـ و ا .

(٣) « له » ليست في حـ و ا .

ـ وإن أكل مع الخبز الجبن[١] واللحم والبيض: فعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف: لا يحنث، ولا يكون ذلك إداماً.

ولو أكل الخبز مع اللحم[٢]: يحنث، لأنه تبع.

ولو أكل الأرز[٣] والعصائد: لا يحنث، لأنه يؤكل مقصوداً في العرف. وإن كان في موضع[٤] يؤكل تبعاً للخبز، يكون إداماً عند محمد ـ والمسألة معروفة.

• • •

ولو حلف لا يأكل شواء، ونوى أكل كل مشوى: يحنث. لأنه نوى حقيقة كلامه[٥]. وإن لم يكن له نية: ينصرف إلى اللحم المشوى، لأن الاسم له عادة.

• • •

ولو حلف لا يأكل طبيخا، ولا نية له، ينصرف إلى اللحم المطبوخ[٦]، وإلى المرقة[٧] المتخذة منه، لما فيها[٨] من أجزاء اللحم، لأن الطبيخ في العرف اسم لهذا، والعبرة للعرف في الباب[٩] و[١٠].

---

(١) في ب: «والجبن».

(٢) في ا: «مع الملح».

(٣) في ب: «الأوز».

(٤) «في موضع» ليست في حـ.

(٥) «كلامه» من ا و ب و حـ. وفي الأصل: «حقيقته».

(٦) في حـ و ا: «إلى اللحم المطبوخ وإلى المشوى».

(٧) كذا في ا و ب و حـ. وفي الأصل: «المرق».

(٨) في ا و حـ: «لأن فيه».

(٩) «في الباب» ليست في ب.

(١٠) زاد في ب: «والله تعالى أعلم بالصواب».

باب

من

اليمين[1] على أشياء مختلفة

فى الباب[2] فصول مختلفة ، ومسائل متفرقة :

إذا قال الرجل : « عبده حر[3] إن وهبت لفلان شيئاً أو تصدقت عليه أو أعرته أو أعطيته أو نحلته أو أقرضته » - ثم فعل ذلك ، ولم يقبل المحلوف عليه : فإنه يحنث .

وإن حلف على عقد فيه بدل ، مثل البيع والإجارة والصرف والسلم[4] ونحوها ، ففعل الحالف ، ولم يقبل الآخر : لا يحنث - لأن الأول تمليك من أحد الجانبين ، إلا أن القبول شرط لثبوت الحكم فى حقه ، فقد وجد ما ينطلق عليه الاسم ، فيحنث . والفصل[5] الثانى تمليك من الجانبين لغة وشرعاً ، فلا[6] يتحقق الاسم إلا بوجود الإيجاب من أحدهما والقبول من الآخر .

---

(١) فى ا و ح : « من الأيمان » . وفى ب : « باب - اليمين ... » .

(٢) فى ح : « قال رحمه الله : فى الباب » .

(٣) فى هامش الأصل : « (صح) : أنت حر » .

(٤) فى ح : « وقد » .

(٥) كذا فى ا و ب . وفى الأصل : « فصل » .

(٦) فى ح : « ولا » .

ولو باع بيعاً فاسداً يملك به إذا قبض ، أو صحيحاً ، وقبل[1]: يحنث ، لأن اسم البيع لغة يقع على الفاسد والصحيح جميعاً .

ولو باع بيعاً فيه خيار البائع أو المشترى[2]: حنث عند محمد ، وعند أبى يوسف[3]: لا يحنث ، لأنه مع الخيار لا ينعقد سبباً[4]. ومحمد يقول : إنه انعقد سبباً لكن تأخر حكمه ، فهو كالبيع الفاسد .

. . .

ولو قال : « والله لا أتزوج اليوم » ولا نية له ، فتزوج نكاحاً فاسداً : لا يحنث استحساناً ، لأن المقصود هو الحل فى العقد المضاف إلى المستقبل ، فيقيد[5] بالصحيح ، بخلاف البيع ، لأن المقصود ثم[6] هو الملك.

وكذلك إذا حلف « لا يصلى » : يقع على الصحيح ، لأن المقصود[7] هو التقرب ، ولا يحصل فى الفاسد[8] .

أما إذا حلف فى الماضى بأن قال : « والله ما تزوجت » أو « ماصليت » ، فإنه يقع على الفاسد أيضاً ، لأن الغرض هو الإخبار ، والاسم يقع عليهما.

ولو حلف « لا يصلى » فكبر ودخل فى الصلاة ، لا يحنث ، مالم يقيد

---

(١) فى ب و ا : « قبل » . وفى الأصل و حـ : « وقيل » .

(٢) فى ا و ب و حـ : « البائع أو المشترى » .

(٣) فى ا : « أو المشترى عند أبى حنيفة وعند أبى يوسف » .

(٤) فى حـ و ا : « شيئا » .

(٥) فى ا و ب و حـ : « فتقيد » .

(٦) « ثم » من ب .

(٧) « هو الملك لأن ... المقصود » ليست فى ا و حـ . انظر الهامش التالى .

(٨) فى حـ : « هو التعرف فحصل فى الفاسد » . وفى ا : « هو التقرب فحصل فى الفاسد » .

بالسجدة، استحساناً، لأنه أفعال مختلفة. فما لم يوجد الكل لا يسمى مصلياً.

ولو حلف[1] «لا أصلي صلاة»: لا يحنث، ما لم يصل ركعتين، لأن أدنى الصلاة ركعتان.

ولو حلف «لا يصلي الظهر»: لا يحنث، ما لم يقعد القعدة[2] الأخيرة، لأن صلاة الظهر مقدرة بالأربع.

ولو حلف «لا يصوم» فأصبح صائماً: يحنث، لأنه يسمى صائماً.

ولو حلف «لا يصوم صوماً»: لم يحنث، ما[3] لم يصم اليوم، لأن أقل الصوم الشرعي يوم كامل.

ولو حلف «لا يحج» أو «لا يحج حجة»: لا يحنث حتى يطوف طواف الزيارة، لأن الحج عبارة عن أجناس أفعال. فيكون اسم الحج واقعاً على الكل حقيقة، لا على البعض، وللأكثر حكم الكل.

ولو حلف «لا يعتمر» وأحرم فطاف[4] أربعة أشواط، حنث، لأنه وجد الأكثر. ولو جامع حتى فسد الحج، لا يحنث، لأن اليمين انعقدت على الحج الذي هو[5] قربة، والفاسد ليس بقربة.

وكذلك إذا حلف «لا يصوم صوماً» ثم أفطر[6]، لا يحنث، لأنه لم يوجد الصوم التام.

---

(١) في ا و ب و ح: «ولو قال:».

(٢) في ح و ا: «في القعدة».

(٣) «ما» ساقطة من ب.

(٤) في ا و ب: «فأحرم وطاف». وفي ح: «فأحرم فطاف».

(٥) «هو» من ا و ب و ح. (٦) في ا و ب و ح: «فأفطر».

ولو حلف « لا يصوم » فصام ساعة[١] ثم أفطر . يحنث . لأن الحنث قد حصل بصوم ساعة . فبالإفطار لا يبطل الحنث ، وإن فسد الصوم من الأصل.

ولو حلف « ليفطرن[٢] عند فلان » ، فأفطر بالماء في منزله ، ثم تعشى عند فلان : حنث[٣] . لأن شرط بره الإفطار عند فلان ، وهو اسم لما يضاد الصوم ، وذلك حصل في منزله بالماء[٤] . وإن[٥] نوى به العشاء عند فلان ، لا يحنث[٦] . لأنه نوى به[٧] المتعارف : يقال « فلان يفطر عند فلان » إذا كان يتعشى عنده وإن كان أصل[٨] الفطر يقع في منزله[٩] .

. . .

وإذا حلف « لا يلبس من غزل فلانة شيئاً » ، ولا نية له ، فلبس ثوباً قد غزلته فلانة : يحنث في يمينه ، لأن الغزل عينه لا يلبس ، فيقع على ما يصنع منه ، وهو الثوب.

ولو نوى الغزل بعينه : لا يحنث ، إذا لبس ذلك الثوب[١٠] ، لأنه نوى حقيقة كلامه .

ولو حلف « لا يلبس ثوباً من غزل فلانة » : يقع على الثوب . ولو نوى الغزل : لا يصدق .

ولو حلف « لا يلبس ثوباً من غزل فلانة » فلبس ثوباً من غزلها

---

(١) « فصام ساعة » من حـ و ا .

(٢) في حـ : « لا يفطرن » .

(٣) في ب : « لا يحنث » .

(٤) « بالماء » من حـ و ا .

(٥) في ا و حـ : « ولو » .

(٦) في ب : « يحنث » . وانظر فيما تقدم الهامش ٣ .

(٧) « به » ليست في ب .

(٨) « أصل » ليست في حـ .

(٩) « وإن نوى به العشاء . . . في منزله » من ا . وهي في ب و حـ مع ملاحظة ما تقدم في الهوامش السابقة (من ٥ إلى ٨) .

(١٠) في ا و حـ : « لبس ثوبا منه » . وفي ب : « ثوبا » فقط .

وغزل غيرها : لا يحنث ، لأن الثوب اسم الشيء مقدر ، فلا يقع على بعضه.

ولو حلف «لا يلبس من غزل فلانة» فلبس ثوباً من غزلها وغزل غيرها: حنث ، لأن البعض يسمى غزلاً .

ولو حلف «لا يلبس من[1] غزل فلانة» فلبس ثوباً دخاريصه أو تلابيبه[2] من غزل فلانة: يحنث ، لأن هذا القدر صار ملبوساً من غزلها بلبس الثوب.

ولو لبس زراً و[3] عروة من غزلها : لا يحنث . لأن الزر لا يصير ملبوساً بلبس القميص ،

ولو لبس تكة من غزلها : لا يحنث ، عند أبي يوسف ، لأنه يقال «شد» التكة ، ولا يقال «لبس» . وعند محمد : يحنث .

ولو حلف «لا يلبس مما يشتريه[4] فلان» فاشتراه فلان[5] مع غيره:

---

(١) في ا و ح : «لا يلبس ثوبا من» .

(٢) الدخاريص جمع والمفرد دخريص و دخرص و دخرصة . وهو أعجمي معرب. والتخريص لغة فيه . ودخريص القميص ما يوسع به من الشعب أي ما يوصل به البدن ليوسعه. وقد أنشد للأعشى : «كما زدت في عرض القميص الدخارصا» كما يقال الدخرصة أيضاً: البنيقة والبنيقة (المعرب للجواليقي تحقيق أحمد شاكر . وكذا المغرب واللسان) .

والتلابيب جمع تلبيب وهو ما في موضع اللبب من الثياب واللبب واللبة هو موضع القلادة من الصدر (القاموس) .

وفي الأصل كذا : «وخاريصة أو تلابيه» وفي ب : «وخاريصة أو تاثيه» . وفي ا و ح : «وخاريصة أو قابينة» . والظاهر لنا أن الصحيح في الأصل هو ما اثبتناه في المتن ، وأن الصحيح في ا و ب و ح : «دخاريصه أو تلبيبه» مفرد تلابيب .

وفي الكاساني (٣ : ٧٠) : «ولو حلف لا يلبس من غزل فلانة ولم يقل ثوباً : لم يحنث في التكة والزر والعروة والبنيقة - روى ذلك عن محمد ، لأن هذا ليس بلبس في العادة . ولا يقال لمن كان عليه لابس . وقال أبو يوسف : إن لبس رقعة في ثوب شبرا في شبر: حنث، لأن هذا عنده في حكم الكثير فصار لابساً له».

واللبينة بفتح اللام وكسر الباء أو بكسر اللام وسكون الباء هي الدخرصة كما تقدم .

(٣) في ب : «أو» .

(٤) في ب : «ما يشترى» . (٥) «فلان» من ب .

لم يحنث ، لأنه لبس بعض ثوب اشتراه فلان لا كله .

ولو حلف «لا يأكل مما[1] يشتريه فلان»، فاشتراه فلان مع غيره ، فأكل منه[2]: حنث[3]، لأنه قد أكل ما اشتراه فلان[4]. لأنه[5] يقع مع البعض.

ولو حلف «لا يلبس من نسج فلان»، فنسجه فلان[6] مع غيره: يحنث .

ولو قال[7] « لا يلبس من ثوب نسجه فلان » : لا يحنث إذا نسجه مع غيره ، لما قلنا .

ولو حلف « لا يأكل من طبيخ فلان » ، فأكل مما طبخ فلان وغيره: حنث ، لأن كل جزء من الطبيخ طبيخ .

ولو قال « لا آكل من قدر طبخها فلان » ، فأكل مما طبخ فلان مع غيره : لا يحنث ، لأن كل جزء من[8] القدر ليس بقدر .

ولو قال « لا آكل خبز فلان » ، فأكل خبزاً مشتركاً بينه وبين غيره : حنث ، لأن كل جزء[9] يسمى خبزاً .

ولو حلف « لا يأكل لفلان رغيفاً » فأكل رغيفاً مشتركاً :لا يحنث، لأن بعضه لا يسمى رغيفاً .

---

(١) في ب : « ما » .

(٢) في ب و ح : « فأكل هذا منه » .

(٣) « حنث » ساقطة من ح .

(٤) « فلان » من ا و ح . وفيهما : « ما يشتريه فلان » ـ انظر الهامش التالي .

(٥) « قد أكل ما اشتراه فلان لأنه » ليست في ب . راجع الهامش السابق .

(٦) « فلان » من ا و ب و ح .

(٧) في ب : « ولو حلف» .

(٨) « الطبيخ طبيخ ... كل جزء من » ليست في ح .

(٩) زاد هنا في ح و ا : « من الخبز » .

ولو حلف « لا يأكل مما خبز فلان ، ومما طبخ » ، فالخباز[١] هو الذى يضرب الخبز[٢] فى التنور، دون من عجنه وبسطه ، والطابخ هو الذى يوقد النار دون الذى ينصب القدر و[٣] يصب الماء واللحم فيه . وإنما ذلك مقدماته ، لأن الطبخ ماينضج به[٤] اللحم، وذلك يحصل بالإيقاد[٥].

ولو حلف « لا يأكل من كسب فلان » ، فالكسب مايصير ملكاً للإنسان بفعله، أو بقوله، مثل الاستيلاء[٦] ، والاصطياد، والبيع . وغيرها، لأنه لابد من القبول، فى حق الحكم[٧]. فى الأسباب الشرعية التى يثبت بها الملك. فأما الميراث <فـ> ليس بكسب، لأنه يثبت به الملك من غير صنعه.

ولو مات المحلوف عليه، وترك أكسابه[٨]. فورثه الحالف. فأكل[٩]: حنث، لأنه أكل من أكساب[١٠] المحلوف عليه[١١]، لأنه لايصير[١٢] كسباً للوارث ، فلم تنقطع[١٣] الإضافة عن الأول.

ولو باع المحلوف عليه كسبه من رجل، فأكل منه الحالف: لايحنث،

---

(١) فى ا و ب و حـ : « مما خبز فلان أو مما طبخ فلان — فالخابز » .

(٢) فى ب : « ما يخبز » .

(٣) « ينصب القدر و » ليست فى حـ و ا . فيهما : « دون الذى يصب الماء » .

(٤) فى حـ و ا : « ما يطبخ به » . وفى ب : « مما ينضج به » .

(٥) كذا فى ا و ب و حـ . وفى الأصل : « وذلك هو الإيقاد » .

(٦) فى ا و ب و حـ : « الاستيلاد » .

(٧) كذا فى ا و حـ . وفى ب : « الأحكام » . وفى الأصل : « الملك » .

(٨) فى ا و حـ : « اكتسابه » .

(٩) فى حـ و ا : « فأكله » .

(١٠) فى حـ و ا : « اكتساب » .

(١١) فى ا : « المحلوف » .

(١٢) فى حـ و ا : « لأنه مما يصير » .

(١٣) فى ا و حـ : « فلم يقطع » .

لأنه صار كسباً[١] للمشترى[٢]، فانقطعت[٣] الإضافة عن الأول.

وإن حلف «لايجلس على الأرض». فجلس على شيء حائل بينه وبين الأرض[٤]. كالبورى[٥] والبساط : فإنه لا يحنث، لأنه يقال جلس على البساط، دون الأرض.

ولو جلس على ثيابه: حنث، لأنها[٦] تبع للجالس: سمى[٧] جالساً على الأرض، لا على ثيابه.

ولو حلف «لايجلس على هذا الفراش» فجعل[٨] فوقه بساطاً آخر، فجلس عليه : لايحنث. لأنه انقطعت الإضافة عن الأول[٩].

ولو حلف «لايجلس على هذا الفراش أو لا ينام[١٠]» ـ فجعل فوقه فراشاً آخر، فنام عليه[١١]: لايحنث عند محمد، لما قلنا. وقال أبو يوسف : يحنث، لأنه يحصل به زيادة توطئة ولين، فيكونان مقصودين[١٢] بالنوم عليهما.

---

(١) كذا فى ا و ب . وفى الأصل : «كسبها».

(٢) فى ب : «للغير».

(٣) «رجل فأكل منه ... فانقطعت» ليست فى حـ.

(٤) فى ب : «وبين الأرض، ممتازة عنه». وفى ا : «الأرض ممتازا عليه». وفى حـ كذا : «الأرض ممتان عليه».

(٥) فى ا و حـ : «كالبوارى». وفى ب : «كالبوازى». والبُورِيّة والبورياء الحصير المنسوج من القصب (المنجد).

(٦) كذا فى ب . وفى الأصل و ا و حـ : «لأنه».

(٧) فى ا : «فسمى». وفى حـ : «تسمى». وفى ب : «يسمى».

(٨) فى ا و ب و حـ : «هذا البساط فبسط».

(٩) «عن الأول» ليست فى ا.

(١٠) «أو لاينام» من ا و ب و حـ.

(١١) «فنام عليه» من ا و حـ.

(١٢) فى ا : «توطئة ولئن كان يكونان مقصودين». وفى حـ : «ولئن كان مكنونان مقصودين».

وأجمعوا أنه إذا حلف «لايجلس[١] على الفراش» فجعل فوقه محبساً[٢] أو قِرَاماً[٣]: حنث، لأنه تبع للفراش.

ولو حلف «لايجلس على هذا السرير أو الدكان أو السطح» فجعل فوقه مصلى أو فراشاً أو بساطاً، ثم جلس عليه: حنث. لأن السرير يجلس عليه هكذا[٤] غالباً. ولو جعل فوق السرير سريراً أو فوق السطح سطحاً آخر[٥]: لايحنث. لأن الجلوس يضاف إلى الثانى دون الأول.

ولو نوى الجلوس على اللوح والأرض[٦] والسطح، يصدق فيما بينه وبين الله تعالى، دون القضاء[٧]. لأنه خلاف المعتاد، وإن كان حقيقة.

ولو حلف «لايجلس على ألواح هذا السرير» فجلس على بساط فوقه: لايحنث، لأنه لم يجلس على اللوح.

ولو حلف «لا يجلس على الأرض[٨]»، فجلس على صحن السطح: يحنث. لأن ذلك يسمى أرض السطح.

• • •

ولو حلف «لايفعل كذا» فأمر غيره ففعل[٩]، ينظر:

---

(١) زاد هنا فى ا و حـ: «أو لا ينام».

(٢) المحبس ثوب يطرح على ظهر الفراش للنوم عليه (القاموس).

(٣) القِرَام الستر الرقيق: وبعضهم يزيد: وفيه رقم ونقوش (المصباح).

(٤) «هكذا» ليست فى ا و حـ.

(٥) «آخر» من ا و حـ.

(٦) «والأرض» من ب.

(٧) «دون القضاء» من حـ و ا.

(٨) «فجلس على بساط فوقه ... على الأرض» ليست فى ا.

(٩) فى حـ و ا: «فأمره غيره يفعل».

إن كان فعلاً له حقوق تتعلق بالفاعل،فإنه يشترط وجود الفعل من الفاعل حقيقة ،ولا يقوم فعل المأمور[١] مقام[٢] فعل الآمر[٣]، كالبيع والشراء[٤] والإجارة والقسمة ، لأن[٥] حقوق هذه العقود تختص بالعاقد المباشر[٦]، دون الآمر - ولهذا قالوا : إن الوكيل إذا كان هو الحالف : يحنث،لأن حقوق العقد راجعة إليه،إلا إذا كان الحالف ممن لا يلي[٧] هذه الأفعال بنفسه ، كالقاضي والسلطان ونحوهما .

وإن كان فعلاً لا يتعلق حقوقه بالعاقد ، وإنما يتعلق بالآمر ، أو ليس له حقوق ، كالنكاح والطلاق والكتابة والضرب[٨] والذبح والقتل والهبة والصدقة والكسوة والقضاء والاقتضاء والخصومة والشركة،بأن قال «لا أشارك فلاناً » فأمر إنساناً بأن يشارك مع فلان ويعقد معه عقد الشركة نيابة عنه - إذا فعل هذه الأفعال[٩] بنفسه ، أو أمر غيره ففعل: يحنث.

وروى عن أبي يوسف ، في الصلح ، روايتان .

فإن قال ، فيما لا يتعلق حقوقه بالمباشر : « نويت أن أباشر ذلك

---

(١) في ب : « فعل الآمر » .

(٢) « مقام » ليست في ا .

(٣) كذا في ا . وفي ب :« مقام فعله » . وفي الأصل : « مقامه » .

(٤) كذا في ا و ب . وفي الأصل : « أو » .

(٥) « فعل المأمور ... والقسمة لأن » ليست في حـ .

(٦) « المباشر » ليست في حـ و ا .

(٧) في ا : « مما لا يلي » . وفي حـ :« مما يلي » .

(٨) في حـ : « والصرف » . ومثاله أن يحلف « لا يضرب عبده » انظر الصفحة المقبلة .

(٩) « هذه الأفعال » ليست في ا و حـ .

بنفسى » ـ قال فى الجامع الصغير : يدين فيما بينه وبين الله تعالى ، دون القضاء . لأنه نوى غير الظاهر [١] .

وقال أبو يوسف ومحمد: إذا حلف « لا يضرب عبده » أو « لا يذبح شاته »، فأمر إنساناً أن يفعل ذلك [٢] ففعل [٣] ، وقال : عنيت أن أباشر [٤] ذلك [٥] بنفسى ـ فإنه يصدق فى القضاء . لأنه نوى حقيقة كلامه [٦] .

ولو حلف « لا يشترى دابة » أو « لا يركب دابة » فهى على ما يركبه [٧] الناس فى حوائجهم ، وهو [٨] الفرس والحمار والبغل ، دون البقر والإبل ، لأنها فى حقيقة اللغة اسم [٩] لما يدب على وجه الأرض ، وإنه [١٠] غير مراد . فكان المراد ماهو المعتاد عند الناس .

ولو حلف « لا يركب فرساً »، فهو على العربى لا غير [١١] ، والبرذون يقع على الأعجمى . والخيل اسم جنس يقع عليهما [١٢] .

---

(١) انظر : محمد ، الجامع الصغير ، ص ٦٣ ـ ٦٤ .

(٢) « أن يفعل ذلك » من ا و حـ .

(٣) « ففعل » ليست فى ا و حـ .

(٤) فى ا : « أن لا أباشر » .

(٥) « ذلك » ليست فى ا و حـ .

(٦) « كلامه » ليست فى ب . انظر : محمد ، الجامع الصغير ، ص ٦٣ ـ ٦٤ .

(٧) كذا فى ب . وفى الأصل و ا و حـ : « ما يركبها » .

(٨) فى ب : « وهى » . (٩) « اسم » من ا و ب و حـ .

(١٠) كذا فى ا و ب و حـ . وفى الأصل : « فإنه » .

(١١) « لا غير » من ا و حـ . وانظر الهامش التالى .

(١٢) « ولو حلف لا يركب ... عليهما » ليست فى ب . وفى ا و حـ : « يقع عليها » . وفى الكاسانى (٣ : ٧١ : ١٨) : « فإن حلف لا يركب الخيل فركب برذونا أو فرسا : يحنث ، لأن الخيل اسم جنس ... فيعم جميع أنواعه » . والبرذون التركى من الخيل والجمع البراذين وخلافها العراب (المغرب) .

ولو حلف « لا يركب مركباً » ولا نية له ، فهو على كل ما يركب : من السفينة ، والدواب ، وغيرها . وهذا فى عرفهم ، وأما فى عرفنا < ف > يقع على الفرس .

. . .

ولو حلف « لا يكلم فلاناً » فناداه من بعيد ، وهو حاضر فى مكان بعيد[١] : <ف> إن كان فى موضع لو أصغى إليه أذنه يسمعه : فإنه يحنث فى يمينه ، وإن لم يسمعه لاشتغاله بأمر آخر[٢] ، وإن كان فى موضع لا يسمعه ، لبعده : فإنه لا يحنث .

وكذا إذا كان أصم بحيث لو أصغى إليه أذنه لا يسمع[٣] : لا يحنث ، لأن تكليم فلان عبارة عن إسماع كلامه إياه ، إلا أن الإسماع أمر باطن ، فأقيم السبب الظاهر مقامه ، وهو ماذكرنا .

ولو كان نائماً فناداه حتى أيقظه[٤] : حنث فى يمينه ، لأنه أسمعه كلامه . وإن لم يوقظه : لا يحنث ، وهو الصحيح[٥] ، لأن الإنسان لا يعد مكلماً للنائم إذا لم يتيقظ[٦] بكلامه ، كما لا يعد متكلماً[٧] مع[٨] الغائب .

ولو سلم على قوم والمحلوف عليه فيهم : حنث فى[٩] يمينه ، لأنه كلمه ،

(١) « وهو حاضر فى مكان بعيد » ليست فى ب .
(٢) فى حـ و ا : « بأمر آخر لا يحنث » .
(٣) فى ب : « يحنث ولو أصغى إليه أذنه وهو لا يسمع » .
(٤) كذا فى ا . وفى الأصل و ب : « أن أيقظه » . وفى حـ : « فناداه : أيقظه » .
(٥) كذا فى ا و ب و حـ . وفى الأصل : « فهو الصالح » .
(٦) فى ب : « يوقظه » . وفى ا : « يستيقظ » .
(٧) كذا فى ب . وفى الأصل و ا و حـ : « مكلما » .
(٨) فى حـ : « مكلما عن » .
(٩) « فى » من حـ . و « فى يمينه » ليست فى ب .

وكلم غيره أيضاً ، فإن قصد بالسلام عليهم دونه ، تصح نيته فيما بينه وبين الله تعالى. لأنه[1] نوى تخصيص كلامه .

ولو سلم فى الصلاة والمحلوف عليه[2] معه[3] فى الصلاة : <ف>

إن كان الحالف إماماً ينظر : إن كان المحلوف عليه على[4] يمينه : لايحنث ، لأن التسليمة الأولى كلام فى الصلاة ، لأنه بها يخرج عن الصلاة ، ولا تفسد الصلاة ، فلا يكون من كلام الناس . وإن كان على يساره[5] : فقد اختلف المشايخ فيه .

وإن كان الحالف مقتدياً : فعلى قول أبى حنيفة وأبى يوسف كذلك ، لأن المقتدى لا يصير خارجاً عن الصلاة بسلام[6] الإمام عندهما ، وعلى قول محمد: يحنث ، كيفما كان. لأنه صار خارجاً عن صلاته بسلام الإمام، فوجد كلام[7] خارج الصلاة مع فلان ، فيحنث .

ولو كاتب فلاناً أو أشار إليه بالإصبع : فإنه لا يحنث ، لأن هذا ليس بكلام .

* * *

(١) « لأنه » من ا و ب و حـ .

(٢) « والمحلوف عليه » ليست فى حـ .

(٣) « معه » من ا و ب و حـ .

(٤) فى ب : « عن » .

(٥) « على » من حـ و ب . وفى ا : « عن » .

(٦) فى ا : « إلا بسلام » . وفى حـ : « إلا سلام » .

(٧) فى ا و ب و حـ : « كلامه » .

ولو حلف «لا يتكلم اليوم»، ولا نية له، فصلى وكبر، وقرأ وسبح، لا يحنث، استحساناً، لأن هذا لا يسمى كلام الناس في العرف.

ولو قرأ خارج الصلاة[١]، أو سبح، أو هلل، أو كبر، يحنث عندنا، خلافاً للشافعي، لأن هذا كلام حقيقة[٢]، لكن حالة الصلاة مستثناة بدلالة الحال. وقيل: هذا في عرفهم. وأما في عرفنا: < ف > لا يحنث، لأن هذا لا يسمى متكلماً، كما[٣] في الصلاة.

ولو حلف «لا يكلم فلاناً عاجلاً أو آجلاً». فالعاجل يقع على أقل من الشهر، والآجل يقع على الشهر فصاعداً.

ولو حلف «لا يكلمه إلى بعيد»، ولا نية له: فإنه يقع على أكثر من الشهر.

ولو قال «إلى قريب»: يقع على الشهر فما دونه.

ولو حلف «لا يكلم فلانا أياما كثيرة»: فعلى قول أبي حنيفة رضي الله عنه: يقع على العشرة، وعلى قولهما: يقع على سبعة أيام.

وعلى هذا الخلاف[٤]: لو حلف «لا يكلم فلانا الأيام»: عند أبي حنيفة: يقع على العشرة، وعندهما: على سبعة.

ولو حلف «لا يكلمه[٥] أياما»: < ف > في رواية الجامع[٦]: يقع على

---

(١) «الصلاة» من ا و ب و حـ.
(٢) «حقيقة» ليست في حـ و ا.
(٣) «كما» من ا و ب و حـ.
(٤) «الخلاف» من حـ و ا.
(٥) الهاء من ا و ب و حـ.
(٦) في ا و حـ: «الجامع الصغير». انظر الهامش بعد التالي (الهامش ٢ ص ٤٩٣).

ثلاثة أيام[١] . وفى رواية كتاب الأيمان: يقع على العشرة عنده، وعندهما: على سبعة[٢].

وعلى هذا الخلاف : إذا حلف أن لا يكلمه[٣] الشهور[٤] أو السنين، (بالألف واللام) : < ف > عند أبى حنيفة يقع على عشرة . وعندهما : فى الشهور يقع على اثنى عشر شهرا . وفى السنين[٥] يقع على الأبد[٦] .

ولو حلف « لا يكلمه[٧] شهورا أو أشهر »[٨] : فعلى ثلاثة أشهر[٩] بالاتفاق[١٠] .

---

(١) « أيام » من ا و ح . وانظر الهامش التالى .

(٢) فى الجامع الكبير (ص ٦٠) : « ولو قال : لم كلمتك الأزمنة أو الدهور أو الجمع أو الأيام أو الشهور أو السنين فهو فى قول أبى حنيفة رضى الله على عشرة أزمنة وعشرة من كل صنف، وفى قول أبى يوسف ومحمد رضى الله تعالى عنهما فى قوله : الأزمنة والدهور والسنين والجمع على الأبد ، وفى الأيام على سبعة ، وفى الشهور على اثنى عشر . ولو قال : إن كلمتك أياما أو شهورا أو سنينا أو دهورا أو جمعا فهو على ثلاثة من هذا كله فى قولهم » . وفى الجامع الصغير (ص ٦١) : « رجل قال لعبده : لمن خدمتنى أياما كثيرة فأنت حر فأكثر الأيام عشرة أيام . وقال أبو يوسف : هو سبعة أيام » .

(٣) الهاء من ح و ب .

(٤) فى ح : « الشهر » .

(٥) « يقع على عشرة ... السنين » من ا و ب و ح .

(٦) راجع الهامش المتقدم والهامش ٢ .

(٧) الهاء من ب .

(٨) فى ب : « أو شهرا » .

(٩) « أشهر » من ب . راجع الهامش ٢ .

(١٠) « ولو حلف لا يكلمه شهورا ... بالاتفاق » ليست فى ح و ا . راجع الهامش ٢ .

ولو حلف «لا يكلمه[1] جمعا أو[2] الجمع»[3] : <فـ> في المنكر يقع على ثلاثة بالاتفاق ، وفي المعرف : عند أبي حنيفة: على عشرة جمع[4] ، وعندهما: على جمع[5] الأبد .

والأصل عند أبي حنيفة رحمه الله أن المعرف يقع على الجنس ، وعندهما على المعهود إن كان ، وإلا فيقع على الكل ؛ وفي المنكر يقع على أقل الجمع بالإجماع[6] ، وهو ثلاثة .

ولو حلف «لا يكلمه[7] دهراً أو الدهر[8] »: فعندهما[9] : يقع في المنكر على ستة أشهر ، وفي المعرف يقع على العمر ، وقال أبو حنيفة رحمه الله : إن كان[10] له نية فعلى مانوى، وإن لم يكن له نية فما أدرى ما الدهر. ومن أصحابنا من قال : لا خلاف في الدهر أنه على الأبد ، وإنما قال أبو حنيفة «لا أدرى ما الدهر»[11] إذا قال « دهرا».

ولو حلف «لا يكلم فلاناً حيناً ، أو زماناً ، أو الحين، أو الزمان »: فإنه

---

(١) الهاء من ا و ب و حـ .

(٢) في ا و حـ : « و » .

(٣) كذا في ا و ب و حـ . وفي الأصل : « أو الجمة » .

(٤) كذا في ا و ب و حـ . وفي الأصل : « جمة ». راجع الهامش ٢ ص ٤٩٣ .

(٥) « جمع » ليست في ب .

(٦) « بالإجماع » ليست في ا و حـ .

(٧) الهاء من ا و ب و حـ .

(٨) في حـ : « أو الدهور » .

(٩) في ب : « فعنده » .

(١٠) في ب : « كانت » .

(١١) « ما الدهر » من ا و حـ .

يقع على ستة أشهر ، لأنه يستعمل فى أربعين سنة ، وفى الزمان القليل أيضاً يستعمل، ويستعمل فى ستة أشهر ـ فحمل على ستة أشهر، لأنا لا[١] نعلم أنه لا[٢] يريد به القليل و[٣]الكثير ، فحمل على الوسط .

ولو حلف «ليضربن عبده عشرة أسواط» ،فجمع عشرة أسواط وضربه مرة واحدة . وأصاب الجميع جلده : لا يحنث . لأنه ضربه عشرة أسواط[٤].فأما إذا لم يصب كل سوط جلده ، فإنه يحنث ، لأنه لا يسمى ضاربا عشرة أسواط[٥] .

ولو حلف « لا يقتل فلانا فى المسجد أو لا يضربه أو لا يرمى إليه أو لا يشتمه »: فكل فعل له أثر فى المفعول يعتبر وجود الأثر ، ويتعلق بمكان المفعول ، وإن لم يكن له أثر ، يعتبر مكان[٦] الفاعل : ففى[٧] القتل والضرب والرمى: يعتبر مكان المفعول ، حتى لو كان الفاعل خارج المسجد والمفعول فى المسجد : يحنث ، ولو كان على عكسه : لا يحنث . وفى الشتم : لو كان الشاتم خارج المسجد[٨] ، والمشتوم فى المسجد :

---

(١) « لا » من ا و حـ .
(٢) فى حـ :« أنه يريد القليل » .
(٣) فى ب : « أو » .
(٤) « فجمع عشرة أسواط ... عشرة أسواط » ليست فى ب .
(٥) « فإذا لم يصب ... عشرة أسواط» ليست فى ا و حـ . وفى ب :« بعشرة أسواط ».
(٦) فى ا و حـ : « بمكان » .
(٧) الفاء من ا و ب و حـ .
(٨) « المسجد » ليست فى حـ و ا .

لا يحنث[١] ، وعلى عكسه: يحنث[٢] .

ولو قال « لا[٣] أتزوج فى مكان كذا أو فى يوم كذا » فزوجه الفضولى امرأة فى مكان آخر أو[٤] فى يوم آخر ، فبلغه الخبر ، فأجازه فى المكان الذى حلف وفى اليوم الذى حلف : يحنث ، ويعتبر مكان الإجازة ، لأن له أثرا وهو الحكم .

وكذا فى البيع والشراء : يعتبر[٥] مكان الإجازة ويوم الإجازه .

وقال محمد : فى العقد الشرعى: يعتبر مكان الفاعل وزمانه ، وفى القتل: كما قال أبو يوسف ، لأن الحكم يثبت من[٦] وقت العقد .

ولو حلف « لا يدخل هذا[٧] الفسطاط » ، وهو مضروب فى مكان ، فقلع وضرب فى مكان آخر ، فدخله[٨] : حنث ، لأن اليمين يقع على العين ، والعين[٩] باق .

ولو حلف « لا يجلس إلى هذه الاسطوانة » وهى مبنية أو « إلى هذا

---

(١) « لا يحنث » ليست فى حـ .

(٢) « يحنث » ليست فى ب .

(٣) « لا » ليست حـ .

(٤) الهمزة من ا . وفى ب : « فى مكان آخر فى يوم آخر » فليس فيها : « أو » .

(٥) كذا فى حـ و ا . وفى ب : « المعتبر مكان ... » . وفى الأصل كلة غير واضحة .

(٦) كذا فى ا و ب و حـ . وفى الأصل : « بين » .

(٧) كذا فى ا و ب و حـ . وفى الأصل : « هذه » .

(٨) « فدخله » من ا و ب و حـ .

(٩) فى ا و حـ : « على العين والعين » .

الحائط » ، فهدما ، ثم بنيا بنقضهما[١] ، فجلس إليه : لا يحنث ، لأن العائد غير الأول .

ولو حلف « لا يكتب بهذا القلم » ، فكسر القلم ، بحيث لم يبق له صورته[٢] ، ثم براه ، فكتب به : لم يحنث ، لأن بعد[٣] الكسر هو أنبوبة ، فإذا براه ، فهو غير الأول .

وكذا إذا حلف على مقص أو سكين أو[٤] سيف ، فكسر ، ثم أعاده ثانيا : لا يحنث ، لأنه غير الأول .

ولو نزع مسمار المقص ، ونصاب السكين ، وجعل مكانه مسمارا آخر[٥] أو نصابا آخر : يحنث ، لأن الأول باق ، إنما فات وصف التركيب[٦] .

ولو حلف « لا يدخل هذه الدار » فجعلها بستانا أو حماما أو مسجدا : لا يحنث ، لأنها صارت شيئا آخر من حيث الانتفاع والغرض .

ولو حلف « لا يدخل هذا البيت » فهدمه ثم بناه ثانيا ، فدخل : لا يحنث ، لأن البيت اسم للمبنى ، وهذا غير بناء[٧] الأول ، بخلاف الدار إذا هدمها ، ثم بناها ثانيا ، فدخلها ، أو دخل وهي مهدومة : يحنث ، لأن الدار اسم للعرصة ، والبناء تابع[٨] .

---

(١) في ب : « بنقضها » . وفي ح : « فهدم ثم بنى بعد نقضها » . وفي ا : « فهدم ثم بنى بعد نقضها » .
(٢) في ب : « صورة » . وفي ا و ح : « بحيث لم يبق صورته » .
(٣) « بعد » ساقطة من ا و ح .
(٤) الهمزة من ا و ب و ح .
(٥) « آخر » من ا و ح .
(٦) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « التركب » .
(٧) في ا و ح : « البناء » . (٨) « تابع » ليست في ا .

ولو كان اليمين على خف أو قميص أو جبة ، ففتقها ، ثم أعادها : حنث ، لأن العائد عين[1] الأول .

ولو فتق القميص فجعله جبة محشوة ، لم يحنث ، لأن الجبة غير القميص .

ولو حلفت المرأة «لا تلبس هذه الملحفة[2]» فخيط جانباها فجعلت[3] درعا ، وجعلت[4] لها جيبا ، فلبستها : لم تحنث ، لأن الدرع[5] غير الملحفة[6] .

ولو حلف « لا أكلم عبد فلان » أو « لا أدخل دار[7] فلان » أو[8] « لا أركب دابة فلان[9] » أو « لا ألبس ثوب فلان » ولم يعين ، ثم زال الملك[10] ، فكلم العبد ، أو دخل الدار ، أو ركب الدابة ، أو لبس ذلك الثوب : لا يحنث ، بالإجماع . بخلاف الزوجة والصديق ، لأنه يحتمل أن يكون الحلف لمعنى فيهما[11] . فأما إذا عين فقال « لا أكلم[12] عبد

(١) في ا : « غير » .　　(٢) انظر فيما يلي الهامش ٦ .
(٣) في ا : « فجعلها » . وفي حـ هكذا : « فخط جانبها فجعلها » .
(٤) في ب : « وجعل » .
(٥) كذا في ا و ب و حـ . وفي الأصل : « الدرعة » .
(٦) درع المرأة قميصها والملحفة هي الملاءة التي تلتحف بها المرأة (المصباح) .
(٧) كذا في ا و ب . وفي حـ : « ولا يدخل الدار فلان » . وفي الأصل : « لا أدخل أو فلان » .
(٨) « أو » من ا و ب و حـ .
(٩) في حـ : « أو لا يركب الدابة فلان » ففي حـ : « ولو حلف لا يكلم عبد فلان ولا يدخل الدار فلان أو لا يركب الدابة فلان » .
(١٠) في حـ : « ولم يعين وذلك في ملكه ثم زال الملك » . وفي ا : « ولم يتعين وذاك في ملكه ثم زال الملك » .
(١١) « بخلاف الزوجة . . لمعنى فيهما » من ب مع إضافة « الحلف » من ا و حـ . والعبارة في ا و حـ مع خلاف يسير في اللفظ انظر فيما بعد الهامش ١٢ ص ٤٩٩ .
(١٢) كذا في ب . و « لا أكلم » ليست في ا و حـ . وفي الأصل : « لا أعلم » .

فلان هذا[١] » أو « < لا أدخل > دار فلان هذه[٢] » أو « لا أركب دابة فلان هذه » أو « لا ألبس ثوب فلان[٣] هذا »: قال أبو حنيفة وأبو يوسف: تبقى اليمين ببقاء الإضافة. فإذا زالت بزوال الملك، تبطل اليمين، إلا أن يعين[٤] سكنى[٥] هذه الدار خاصة. وقال محمد: يحنث، وإن زال ملك فلان[٦]، إلا أن يعنى[٧] «مادام ملكا لفلان».

ولو حلف « لا يكلم زوجة فلان هذه » أو « صديق فلان هذا »، وزال[٨] النكاح والصداقة فكلم: حنث، بالإجماع.

ولو حلف «لا أكلم هذا العبد» أو[٩] «لا أدخل هذه الدار» أو[١٠] « لا أركب هذه الدابة » يعتبر اليمين بالإجماع.

فأبو حنيفة رحمه الله اعتبر الإضافة شرطا[١١] لليمين. لأن الظاهر بهذه الإضافة الامتناع من الكلام لمعنى في المالك، كما إذا لم يكن معينا[١٢]،

(١) « هذا » ليست في ب.

(٢) في حـ: « هذا ».

(٣) « فلان » من ا و ب و حـ.

(٤) في ب: « يعنى ».

(٥) كذا في ا و ب و حـ. وفي الأصل: « السكنى ».

(٦) في ا و حـ: « الملك ».

(٧) في ا و حـ: « يعين ».

(٨) في ا و ب و حـ: « فزال ».

(٩) و (١٠) الهمزة من ا.

(١١) « شرطا » من ا و ب و حـ.

(١٢) زاد في ب هنا عبارة تقدمت وهي: « بخلاف الزوجة والصديق لأنه يجوز أن يكون المعنى فيهما ». راجع الهامش ١١ ص ٤٩٨.

ومحمد رحمه الله جعل الإضافة للتعريف بمنزلة الاسم إذا وجد التعيين حتى لا[(١)] يلغو التعيين . كما فى الزوجة والصديق عند التعيين.

ولو حلف «لا يدخل دار فلان»و[(٢)] «لا يلبس ثوب فلان»[(٣)] و[(٤)] «لا يركب دابة فلان»و[(٥)] «لا يكلم عبد فلان» و[(٦)] «لا يأكل عند فلان» و[(٧)]«لا يأكل[(٨)] طعام فلان» و[(٩)] «لا يشرب شراب[(١٠)] فلان»فهذا على ما فى ملكه[(١١)] يوم فعل الذى حلف عليه، ولا يشترط قيام الملك يوم حلف- هذا جواب ظاهر الروايات عن أصحابنا . وروى ابن سماعة عن محمد أنه يقع على ما فى ملكه يوم حلف ولا يحمل على ما يحدث فيه الملك. وروى عن[(١٢)] أبى يوسف أنه قال: فيما يستدام فيه الملك ولا يتجدد ساعة فساعة: فاليمين على ما فى ملكه ، كالدار[(١٣)] والعبد والثوب ، وما يتجدد فيه الملك حالا فحالا فى العادة[(١٤)] : فإنه يقع على ما فى[(١٥)] ملكه يوم

(١) « لا » ليست فى ا و حـ .
(٢) فى ا و حـ : « أو » .
(٣) « فلان » ليست فى ب .
(٤) فى ا و حـ : « أو » .
(٥) فى ا و ب و حـ : « أو » .
(٦)و(٧) فى ا : « أو » .
(٨) « عند فلان ولا يأكل » من حـ .
(٩) فى ا : « أو » .
(١٠) فى ا و حـ : « من شراب » .
(١١) فى ا و حـ : « على ما يملكه » . وفى ب : «على ماملكه» .
(١٢) «محمد أنه يقع ... وروى عن» ليست فى ا و حـ . وفيهما : «وروى ابن سماعة عن أبى يوسف» .
(١٣) كذا فى ا و ب و حـ . وفى الأصل : « الدار » .
(١٤) فى ب كذا : « فحالا لا فى العادة » .
(١٥) « فى » ليست فى ا و حـ .

فعل[١]، كالطعام[٢] والشراب .

والصحيح جواب ظاهر الروايات ، لأن هذه اليمين عقدت على المنع من الفعل فى ملك فلان ، فيعتبر[٣] يوم الفعل .

ولو حلف « لا يدخل دار فلان » فدخل دارا هو ساكنها ، بالملك أو بالإجارة أو بالإعارة ، فهو سواء ، ويحنث ، لأن الدار تضاف إلى المستأجر والمستعير فى العرف .

ولو حلف[٤] « من بشرنى من عبيدى بقدوم فلان فهو حر » فبشره جماعة من عبيده: فإن كانوا[٥] معا: عتقوا، وإن سبقهم واحد منهم ثم الباقون: يعتق السابق. وإن حصل له العلم بقدوم فلان ، بخبر غيرهم أو بالمشاهدة منه[٦] ثم أخبره من العبيد[٧] الذين حلف بعتقهم ، فإنه لا يعتق واحد منهم ، لأن البشارة خبر سار ليس عند المخبر به خبره ، وهذا لا يحصل إذا كان له علم قبل خبره . وإذا لم يكن عالما ، حصل العلم بخبر الجماعة معا ، فيحنث[٨] و[٩] .

---

(١) فى ا و حـ : « يوم فعل الذى حلف » . فيهما زاد هنا : « الذى حلف » .

(٢) كذا فى ا و ب و حـ . وفى الأصل : « فالطعام » .

(٣) « فيعتبر » ليست فى ب .

(٤) فى ب : « ولو قال » .

(٥) « فإن كانوا » ليست فى ا و حـ .

(٦) « منه » من ا و حـ .

(٧) هكذا فى ا و ب و حـ . وفى الأصل : « العابد » .

(٨) فى ا و حـ كذا : « معا صحت » .

(٩) زاد فى ب : « والله تعالى أعلم » .

باب

النذر

إذا[1] نذر لله سبحانه وتعالى بما هو قربة وطاعة ، يجب عليه الوفاء به ، ولم يجب عليه غير ذلك. وإن كان مباحاً لايجب عليه شيء . وإن كان معصية لم يجب عليه الوفاء به[2] . وعليه كفارة اليمين إذا فعله[3] .

و[4]أصله قوله عليه السلام : « من نذر نذرا أن يطيع الله فليطعه[5] ، ومن نذر أن يعصي الله فلا يعصه». وقال عليه السلام : « النذر يمين، وكفارته كفارة يمين[6] » .

وهذا على الرواية المشهورة عن أصحابنا فيمن قال « لله على أن أصوم سنة ونحوها » يلزمه الوفاء بها ، ولا يجزئه كفارة اليمين . وفي رواية : تجزئه كفارة اليمين[7] .

---

(١) في حـ : « قال رحمه الله : إذا » .

(٢) « ولم يجب عليه غير ذلك . . . الوفاء به » ليست في ب .

(٣) أي فعل الواجب وهو الحنث. وفي متن التنوير (على هامش حاشية ابن عابدين ، الطبعة الثالثة الأميرية ، ٣ : ٦٤) : « ومن حلف على معصية كعدم الكلام مع أبويه أو قتل فلان اليوم وجب الحنث والتكفير » .

(٤) الواو من حـ و ا .

(٥) في ب : « فليطع » . وفي ا : « فيطيعه » . وفي حـ : « فيطعه » .

(٦) في ا و حـ : « اليمين » .

(٧) « وفي رواية تجزئه كفارة اليمين » ليست في ا .

وقالوا : رجع أبو حنيفة رحمه الله عن الجواب الأول ، إليه ـ وهو قول الشافعى[١] . والمسألة معروفة .

ولو قال « لله على أن أحج ماشيا » يلزمه الحج ماشيا ، فلو حج راكبا يجزئه ، وعليه إراقة الدم ، لأن النذر ملحق بالأمر ، والحج الواجب راكبا لا ماشيا ، فخرج عن نذره لكن يلزمه الدم[٢] ، لأنه أدخل نقصا ـ وفيه ورد الحديث هكذا .

ولو قال « لله على أن أصلى ركعتين[٣] يوم كذا» أو «فى موضع كذا» فصلى قبل ذلك اليوم ، أو فى موضع آخر : أجزأه ، عنه .

ولو قال« لله على أن أتصدق يوم كذا »أو«على مساكين بلد كذا[٤]» فإنه لا يتقيد بذلك .

ولو قال[٥]« للهعلى أن أصوم رجب » فصام شهرا قبل ذلك[٦] ،جاز عند أبى حنيفة وأبى يوسف ، وعلى قول محمد: لا يجزئه .

أما الصلاة فلا تتقيد بالمكان واليوم، لأن معنى القربة فى نفس الفعل، وكذا الصدقة. وأما الصوم فأبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله يقولان : إن ذكر

---

(١) فى ا و حـ : « عن الجواب الأول ، إليه ، فى سبعة أيام قبل موته ـ كذا روى أخذ هذا القول الشافعى » .

(٢) « الدم » ليست فى حـ و ا .

(٣) زاد فى ا و حـ هنا : « فى » .

(٤) هكذا فى ا و ب و حـ . وفى الأصل : « مساكين بكذا » .

(٥) « قال » ليست فى حـ .

(٦) فى ا و ب و حـ : « قبله » .

الوقت للتقدير لا للتعين[١] الواجب، لأن الأوقات في معنى العبادة سواء.

ولو قال «علي طعام مساكين» ولم يكن له نية ـ فعليه أن يطعم عشرة مساكين: كل مسكين نصف صاع من بر[٢].

ولو قال «لله علي صدقة» ولم يكن له نية: فعليه نصف صاع[٣].

ولو قال «لله علي صوم»: فعليه صوم يوم.

ولو قال «لله علي أن أصلي صلاة[٤]»: فعليه[٥] ركعتان، لأن النذر معتبر[٦] بالأمر، فإذا لم يذكر فيه[٧] التقدير، اعتبر أدنى ما ورد في[٨] الأمر، وهو ما ذكرنا[٩].

---

(١) في ا و حـ: «التقدير لا لتعيين الواجب». وفي ب: «للتقدير لا للتعيين الواجب».

(٢) «من بر» ليست في حـ و ا.

(٣) «ولو قال: لله ... نصف صاع» ليست في ا.

(٤) «صلاة» ليست في ا و حـ.

(٥) «فعليه» ليست في حـ و ب. وفي ب: «فركعتان».

(٦) في ب: «متعين».

(٧) «فيه» ليست في ا و حـ.

(٨) في ا و حـ: «فيه».

(٩) زاد في ب: «والله تعالى أعلم».

باب

كفارة اليمين

الحانث [١] لا يخلو : إما إن كان موسرا . أو معسرا .

فإن كان موسرا

فهو مخير بين ثلاثة أشياء : بين الإطعام، والكسوة، والإعتاق – لقوله تعالى : « فكفارته إطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم أو كسوتهم ، أو تحرير رقبة (الآية) [٢] » .

فإن اختار الطعام :

يعطى كل مسكين نصف صاع [٣] من حنطة ، أو صاعا من شعير ، أو دقيقهما [٤] ، أو صاعا من تمر [٥] ، أو قيمة هذه الأشياء : دراهم و [٦] دنانير أو عروضا ، كما فى صدقة الفطر على ما ذكرنا [٧] .

ولو دعا عشرة مساكين ، فغداهم وعشاهم ، مشبعا ، خبزا مع الإدام . أو بغير الإدام ، أو سويقا ، أو تمرا – كان جائزا ، لأن الله

---

(١) فى حـ : « قال رحمه الله : الحانث » .

(٢) المائدة : ٨٩ ونصها : « لا يؤاخذكم الله باللغو فى أيمانكم ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الأيمان فكفارته إطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم أو كسوتهم أو تحرير رقبة فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام ذلك كفارة أيمانكم إذا حلفتم واحفظوا أيمانكم كذلك يبين الله لكم آياته لعلكم تشكرون » .

(٣) « نصف صاع » ليست فى ب .

(٤) فى ا و حـ : « أو صاعا من دقيق » .

(٥) فى حـ : « أو تمرا » .   (٦) فى ا و ب و حـ : « أو » .

(٧) راجع ص ٥١٦ وما بعدها من الجزء الأول .

تعالى أمر بالإطعام . وهو اسم للفعل ، إلا أن التمليك[١] عرفناه بدلالة النص . والإطعام فى حق الأهل قد يكون مع الإدام[٢] ، وقد يكون بغيره .

ولو أطعم مسكينا واحدا عشرة أيام ، غداء وعشاء ، أو أعطى مسكينا واحدا ،عشرة أيام ، كل يوم نصف صاع ، جاز ، لأن المقصود سد خلة عشرة مساكين ، عشرة أيام . وقد حصل[٣] .

ولو أطعم عشرة مساكين فى يوم[٤] غداء ، وأعطى كل واحد مدا[٥] من الطعام ، جاز ، لأنه جمع بين التمليك وطعام الإباحة .

وكذا لو غدى رجلا واحدا ، عشرين يوما ، أو عشى رجلا[٦] فى رمضان عشرين يوما[٧] ، جاز ، لأن المقصود قد حصل .

ولو أعطى مسكينا واحدا ، طعام عشرة ، فى يوم واحد ، لم يجز ، لأن الله تعالى أمر بسد جوعة[٨] عشرة مساكين، جملة[٩] أو متفرقا على الأيام ، ولم يوجد .

---

(١) فى ب : « لأن التمليك » .

(٢) « قد يكون مع الإدام » ليست فى حـ .

(٣) « واحدا عشرة أيام ... حصل » ليست فى ب .

(٤) « فى يوم » ليست فى حـ و ا .

(٥) كذا فى ا و ب و حـ . وفى الأصل وهامشه : « وأعطى كل واحد قدرا من الطعام واحدا : مدا » .

(٦) كذا فى ا و حـ . وفى ب مكتوبة هكذا : « رجلان » . وفى الأصل : « عشرين رجلا فى رمضان عشرين يوما » .

(٧) فى ا و حـ : « ليلة » .

(٨) فى ب و حـ : « جوع » . (٩) فى ب : « جماعة » .

ولو أطعم فقراء أهل الذمة ،جاز، وفقراء المسلمين أفضل ، كما ذكرنا في صدقة الفطر ، خلافا لأبي يوسف[1] .

. . .

وإن اختار الكسوة :

كسا كل مسكين ثوبين. وإن كساهم[2] ثوبا جامعا نحو القميص ، والقباء ، والملحفة ، والكساء : جاز ، لأن الله تعالى أمر بالإكساء[3] ، فكل ثوب يصير به كاسيا دخل تحت النص[4] .

ولو كساه قلنسوة أو عمامة: لا يجوز[5] ،لأنه لا يسمى به كاسيا[6] .

ولو كساه سراويل[7] ، قال : لايجوز .

ولو كساه إزارا: جاز، ولكن أراد به أن يكون من الرأس إلى القدم. وأما إذا كان يستر به العورة ولا يستر البدن : لا يجوز ــ وهذا جواب ظاهر الرواية . وروى عن أبي يوسف رحمه الله أنه قال : إذا كان مما يستر به العورة ، وتجوز فيه الصلاة : يجوز . والمعتبر في ظاهر الرواية ما يسمى لابسا ، ولابس السراويل[8] يسمى عريانا .

ولو أن قيمة العمامة والسراويل[9] بلغت قيمة الطعام ـ هل يقع عن

---

(١) راجع ص ٤٦٩ وما بعدها من الجزء الأول .

(٢) في ا و حـ : « ثوبين وكساهم » . وفي ب: « ثوبين وإن كساه » . (٣) في ب: « بالكسوة » .

(٤) « تحت النص » من ا و حـ . و « دخل تحت النص » ليست في ب .

(٥) « ولو كساه قلنسوة . . . لايجوز » ليست في ب .

(٦) « لأنه لا يسمى به كاسيا » ليست في ا و ب و حـ .

(٧) كذا في حـ . وفي ا و ب : « سراويلا » . وفي الأصل : « سرابيلا » . والسِّربال بالكسر القميص أو الدرع أو كل مالبس (القاموس) .

(٨) كذا في ا و ب و حـ . وفي الأصل : « السرابيل » راجع الهامش المتقدم .

(٩) في ا : « أو قيمة السراويل » .

الطعام؟ عند محمد: يقع بغير نية ، إذا وجدت منه نية[1] الكفارة . وعند أبي يوسف: لا يقع[2] مالم ينو الكسوة[3] عن الطعام .

. . .

وأما إذا اختار التحرير :

< ف > إن أعتق رقبة مطلقة كاملة الذات، وكاملة الرق، بنية الكفارة، بأي صفة كانت: جاز . صغيرا كان أو كبيرا، مسلما كان أو ذميا، لأن الله تعالى أمر بإعتاق رقبة مطلقة، بقوله: «أو تحرير رقبة»[4] ـ وكذا في كفارة الظهار ، وهذا عندنا .

وعند الشافعي : لا يجوز إلا المؤمنة، كما في كفارة القتل.

ولو أعتق رقبة معيبة : فالأصل[5] فيه أن كل عيب يوجب فوات جنس المنفعة ، يمنع عن الكفارة، وإلا فلا .

إذا ثبت هذا نقول :

إذا أعتق عبدا أعور ، أو مقطوع إحدى اليدين ، أو الرجلين[6] ، أو اليد و[7] الرجل من خلاف ، أجزأه ، لأن منفعة الجنس باقية .

ولو أعتق الأعمى أو[8] المقطوع اليدين أو[9] الرجلين[10] و[11]،

---

(١) كذا في ا و حـ وفي ب: «إذا وجدت بنية الكفارة» وفي الأصل: «إذا وجد نية الكفارة».
(٢) في ا و ب و حـ : « لايجوز » .
(٣) في ب : « عن الكسوة » .
(٤) راجع فيما تقدم الهامش ٢ ص ٥٠٥ .
(٥) الفاء من ا و ب و حـ .
(٦) في ا : « أو إحدى الرجلين » .
(٧) في حـ : « أو » .
(٨) الهمزة من ا و ب .
(٩) الهمزة من ب .
(١٠) « أو الرجلين » ليست في ا و حـ .
(١١) في ب : « أو المقطوعة اليدين أو الرجلين واليد والرجل أو المقطوعة اليد والرجل » .

أو المقطوع اليد و[١] الرجل من[٢] جانب واحد، لا يجوز ، لأن منفعة الجنس معدومة .

وأما المجنون المغلوب ، فلا يجوز [٣]. لأن منفعة الأجناس معدومة.

ولو أعتق مفاوجا يابس الشق : لا يجوز ، لأنه فات منفعة الجنس.

ولو أعتق الحمل : لا يجوز ، وإن ولد حيا بعد يوم ، لأنه فى معنى الأجزاء من وجه .

وأما الأصم : فالقياس أن لا يجوز . وفى الاستحسان : يجوز ، لأنه إذا بولغ فى الصياح ، يسمع ، فلا يفوت جنس المنفعة .

وأما الأخرس : <ف> لايجوز[٤] ، لما قلنا .

ولو أعتق حلال الدم ، جاز . لأنه رقبة كاملة لوجود الملك ، واسم الرقبة ووجوب[٥] القصاص[٦]. لايمنع جواز التكفير به[٧]، وإنما وجب عليه حق[٨] .

---

(١) فى حـ : « أو » .

(٢) فالعبارة فى حـ : « ولو أعتق الأعمى والمقطوع اليدين أو مقطوع اليد أو الرجل من جانب واحد » . وفى ا : « ولو أعتق الأعمى أو المقطوع اليدين أو مقطوع اليد والرجل من جانب واحد » . وفى ب : « ولو أعتق الأعمى أو المقطوعة اليدين أو الرجلين واليد والرجل أو المقطوعة اليد والرجل من جانب واحد » .

(٣) فى ب : « فلا يجزىء » .

(٤) « لا يجوز » من ا و ب و حـ .

(٥) فى ب : « فوجب » . وفى ا و حـ : « فوجوب » .

(٦) فى حـ : « القضاء » فتبها : « فوجوب القضاء » .

(٧) « به » من ا و ب و حـ .

(٨) عبارة « وإنما وجب عليه حق » وردت فى ا و ب و حـ بعد قوله : « لأنه رقبة كاملة »

ولو أعتق عبدا مديونا ، جاز ، وللغرماء حق الاستسعاء .

ولو أعتق ذا رحم محرم[1] منه عن الكفارة ، جاز ، عندنا ، خلافا للشافعي .

ولو أعتق المكاتَب ـ جاز، عندنا[2] ـ خلافا له.

ولو أدى بعض بدل الكتابة : لايجوز، بالإجماع[3] .

ولو أعتق عبدا مشتركا بينه وبين شريكه ، وهو موسر ، واختار الشريك الضمان حتى عتق كله عن المعتق ،لا يجوز عند أبي حنيفة، وعندهما: يجوز ـ لأن الإعتاق لا يتجزأ عندهما ، فيقع الكل[4] عن الكفارة ، وثبت الملك بالضمان سابقا . وعند أبي حنيفة الإعتاق يتجزأ : فإذا أعتق النصف جاز ، وينتقص[5] ، فإذا ضمن مَلَكَ النصف الناقص[6][7] ، وإعتاق[8] الناقص لايجوز[9].

وبمثله لو[10] أعتق نصف عبده عن الكفارة ثم أعتق النصف الباقي:

---

(١) « محرم » ليست في حـ .

(٢) « عندنا » ليست في حـ .

(٣) « بالإجماع » من ا .

(٤) « فيقع الكل » ليست في ا و حـ .

(٥) في ا و حـ : « وتقص » .

(٦) في ا و حـ : « فإذا ملك ضمن ملك النصف الناقص » .

(٧) من هنا بدأ نقص في حـ (المخطوط ٢٤٧ فقه حنفي بدار الكتب المصرية) يستمر إلى جزء من كتاب المضاربة .

(٨) في ب : « واعتبار » .

(٩) « لا يجوز » ليست في ا .

(١٠) في ا : « ولو » .

جاز، وبين الأمرين فرق بعيد[١].

وإن كان معسرا حتى وجبت السعاية على[٢] العبد، لا يجوز، لأنه يجب[٣] عليه السعاية، فيصير كالعتق بعوض ـ وهذه مسألة[٤] معروفة.

ولو قال لعبده «إن[٥] اشتريتك فأنت حر» ثم اشتراه، بنية الكفارة: لا يجوز، لأنه لم توجد النية منه[٦] عند اليمين وإنه[٧] يصير معتقا بذلك الكلام، حتى لو قال له «إن اشتريتك عن يميني[٨] فأنت حر عن كفارة يميني» جاز.

ولو أعتق المدبر أو أم ولد[٩] عن الكفارة، لا يجوز، لأنه ناقص الرق[١٠].

. . .

أما إذا كان الحالف[١١] معسرا

فعليه صوم ثلاثة أيام متتابعة، عندنا.

وعند الشافعي: يجوز متفرقا ـ وقد ذكرنا هذا[١٢].

ولو أفطر لمرض، أو المرأة تحيض[١٣]، استقبلا لأنهما يجدان ثلاثة

---

(١) «بعيد» ليست في ب و ا.
(٢) كذا في ا و ب. وفي الأصل: «عن».
(٣) في ا: «لا يجب».
(٤) في ب: «مسائل». وفي ا: «المسألة».
(٥) في ب: «لئن».
(٦) «منه» من ا و ب.
(٧) في ب: «فإنه».
(٨) «عن يميني» من ب.
(٩) «حتى لو قال له . . . أو أم الولد» ليست في ا.
(١٠) راجع «باب أم الولد» و «باب المدبر» ص ٤٠٦ — ٤١٥.
(١١) في ا و ب: «الحانث».
(١٢) «هذا» من ا. (١٣) في ا و ب: «لحيض».

أيام لا تحيض فيها ولا مرض في الغالب، فيبطل التتابع[١]، بخلاف صومه[٢] شهرين متتابعين فإن ثم لا ينقطع التتابع، لأجل العذر، وينقطع بالمرض لأن الغالب أن الشهرين لا يخلوان عن الحيض أو عن المرض[٣].

. . .

ولو أن المعسر إذا أيسر في خلال الصوم، يجب عليه الإطعام أو الإعتاق أو الكسوة، ويبطل الصوم، لأنه قدر على الأصل قبل حصول المقصود بالبدل.

ولو أيسر بعد الصيام، لا يبطل الصوم[٤]، بخلاف الشيخ الفاني: إذا أطعم مكان الصوم ثم قدر، يبطل، لأن ذلك بدل ضروري.

ولو أعتق رجل، بأمر رجل، أو أطعم عنه، أو كسا: جاز، وإن لم يعطه الدراهم والدنانير[٥].

وإن فعل بغير[٦] أمره ثم أجازه: لم يجز، لأن الإعتاق بأمره كإعتاقه، ويكون تمليكا للعبد منه، وأمره بذلك قبول[٧] منه، فجاز[٨]. فأما إذا فعل بغير[٩] أمره، لا يتوقف على إجازته، لأنه وجد نفاذا على

---

(١) «التتابع» من ا و ب.

(٢) في ا و ب: «صوم».

(٣) «وينقطع بالمرض ... المرض» من ا و ب.

(٤) «الصوم» من ا.

(٥) «والدنانير» ليست في ا و ب.

(٦) في ا: «فإن فعل لغير».

(٧) في الأصل و ا و ب: «قبولا».

(٨) في ب: «لجاز».

(٩) في ا: «لغير».

مالكه[١] ، وهو التقرب إلى الله ، فلا يتوقف .

ولو صرف قيمة الطعام و[٢]الثياب، بنية الكفارة ، إلى بناء المساجد أو أكفان الموتى أو قضاء دين رجل فقير ، فإنه لا يقع عن الكفارة ، لأن الواجب هو التمليك . ولم يوجد .

ولو كان الحانث له مال،وعليه دين مستغرق،أجزأه الصوم[٣] ،لأنه مستحق الصرف إلى الدين .

ولو كان له عبد وعليه دين،لم يجزئه[٤] الصوم. لأنه قادر على إعتاقه عن الكفارة . وقيل :من أصحابنا من قال[٥] : يجوز، لكونه فقيرا[٦] .

---

(١) في ب :« على ملكه » .

(٢) في ا :« أو » .

(٣) « الصوم » ليست في ا ـ انظر ما يلي في المتن .

(٤) كذا في ا . وفي الأصل و ب : « لم يجزه » . والأصح ما في المتن (راجع المغرب) .

(٥) « من قال » من ا . وفي ب :« وقال بعض أصحابنا : يجوز . . »

(٦) زاد في ب :« والله تعالى أعلم بالصواب » .

كتاب

الاجـــــارة [1]

الإجارة[2] نوعان : إجارة على المنافع ، وإجارة على الأعمال .
ولكل نوع شروط ، وأحكام .

أما الاجارة على المنافع [3]

< ف > كإجارة الدور و[4]المنازل[5]،والحوانيت والضياع ، وعبيد الخدمة ، والدواب للركوب والحمل ، والثياب والحلى للبس[6]،والأوانى والظروف للاستعمال .

. . .

والعقد جائز فى ذلك كله .

. . .

وشرط جوازه أن تكون العين المستأجرة معلومة[7] ، والأجرة

---

(١) كل « كتاب الإجارة » ناقص من حـ ،وهو استمرار للنقص الذى نوهنا عنه فى باب « كفارة اليمين » (راجع الهامش ٧ ص ٥١٠) ، وفى ب : « كتاب الإجارات » .

(٢) فى ا : « قال رحمه الله : الإجارة » .

(٣) فى ا : « أما إجارة المنافع » .

(٤) « الدور و » ليست فى ا . ففى ا : « أما إجارة المنافع كإجارة المنازل »

(٥) « والمنازل » من ب ـ راجع الهامش السابق .

(٦) « للبس » ليست فى ب .

(٧) هكذا فى ا . وفى الأصل : « العين المستأجر معلوما » . وفى ب : « العين المستأجرة معلوما » .

معلومة ، والمدة معلومة <ب> يوم أو شهر أو سنة ، لأنه عقد معاوضة كالبيع ، وإعلام المبيع والثمن شرط فى البيع ـ فكذلك ههنا ، إلا أن المعقود عليه ههنا هو[١] المنافع ، فلابد من إعلامها بالمدة والعين الذى[٢] عقدت الإجارة[٣] على منافعه .

. . .

وأما أحكام هذا النوع من الإجارة ـ فكثيرة :

منها ـ أنه يجب على الآجر تسليم المستأجر عقيب العقد. وليس له أن يحبس المستأجر لاستيفاء الأجرة كما فى باب البيع ، لأن الأجرة لا تجب بنفس العقد، عندنا، لكون[٤] المعقود عليه، وهو المنافع، معدومة ؛ وإذا لم يجب الأجر فليس له حق[٥] حبس المستأجر لأخذ[٦] الأجر ، وأما فى البيع <ف> الثمن واجب .

وإنما يجب الأجر ويملك بأحد معان ثلاثة : إما بأن يشترط تعجيله فى نفس العقد ، وإما أن يعجل بغير شرط، وإما باستيفاء[٧] المنافع شيئا فشيئا أو بالتمكين[٨] من الاستيفاء بتسليم المستأجر إليه وبتسليم المفتاح إليه أيضا.

---

(١) « هو » من ا و ب .

(٢) فى ا : « والذى » .

(٣) فى ب : « الذى عقد الإجارة » . وفى ا : « والذى عقد الإجارة » .

(٤) فى ب : « لكن »

(٥) « حق » من ا و ب .

(٦) فى ب : « لأجل » .

(٧) الباء من ب و ا .

(٨) فى ا : « بالتمكن » .

وعند الشافعي : تجب الأجرة كلها بنفس العقد ـ والمسألة معروفة .

ثم إن وقع الشرط في[1] عقد الإجارة أن لا يجب الأجر إلا بعد انقضاء مدة الإجارة : فذلك جائز . فيكون[2] تأجيلا للأجرة ، بمنزلة تأجيل الثمن .

وأما إذا لم يشترط في العقد شيئا : <ف> قال أبو حنيفة أولا ، وهو قول زفر : لا تجب الأجرة إلا في آخر المدة . ثم رجع وقال : تجب حالا فحالا ، كلما مضى يوم يسلم أجرته ، وهو قول أبي يوسف ومحمد ، لأن الأجرة تملك على حسب ملك المنافع ساعة فساعة ، والاستيفاء على هذا الوجه متعذر ، فقدره باليوم[3] .

وذكر الكرخي في الإجارة على قطع المسافة أنه يسلم أجرة كل مرحلة .

. . .

ومنها ـ **أنه يعتبر ابتداء المدة من حين وقع العقد**[4] . فإذا أجر شهرا أو شهورا أو سنين معلومة : <ف> إن وقعت الإجارة في أول الشهر يعتبر بالأهلة ، وإن وقعت في بعض الشهر يعتبر بالأيام : كل شهر ثلاثون يوما . وكذلك في الشهور والسنين .

وذكر في الأصل : إذا استأجر دارا سنة مستقبلة في بعض الشهر ، فإنه يسكن بقية هذا الشهر وأحد عشر شهرا بالأهلة ويتم الشهر الأول بالشهر الثاني ـ فيكون في المسألة روايتان .

---

(١) في ا : « على » .

(٢) في ا و ب : « ويكون » .

(٣) « باليوم » ليست في ا .   (٤) في ا : « من حين وقوع العقد » .

ولو أضاف الإجارة إلى زمان في المستقبل ، بأن قال في رمضان « أجرتك هذه الدار سنة أولها غرة المحرم »: يجوز .

وقال الشافعي : لاتجوز الإجارة مالم يكن أول المدة عقيب العقد.

ولهذا قلنا : إن المؤاجر لو باع هذه الدار لا يصح في حق المستأجر، وإن لم يجئ الوقت الذي أضيف[1] إليه الإجارة . لكن لا يجب عليه تسليم الدار مالم يأت ذلك الوقت .

. . .

ومنها ـ أنه[2] إذا استأجر دارا أو حانوتا أو غير ذلك من العقار غير[3] المزارع ، فله الانتفاع بها كيف شاء من السكنى . وله أن يسكن فيها من أحب ، بالإجارة والإعارة . وله أن يعمل فيها أي[4] عمل شاء ، غير أنه لا يجعل فيها حدادا ولا قصارا ولا مايضر بالبناء ويوهنه[5].

ولا تفسد الإجارة وإن لم يسم مايعمل فيها، لأن منافع السكنى غير متفاوتة إذا لم يكن فيها مايوهن البناء، وذلك مستثنى، فصارت المنافع معلومة ـ بخلاف ما إذا استأجر أرضا للزراعة حيث لم يجز العقد حتى يبين[6] مايزرع فيها، أو يجعل[7] له أن يزرع فيها[8] ماشاء ، لأن منافع الزراعة مختلفة .

(١) في ا : « أضيفت ».
(٢) « أنه » من ب .
(٣) « العقار غير » ليست في ا .
(٤) هكذا في ب . وفي الأصل : « من أي » . وفي ا : « وفي الإجارة والإعارة له أن يعمل فيها أي » .
(٥) في ا : « ولا ما يوهنه » .
(٦) في ا : « يسمى » .
(٧) في ب : « يجوز » .
(٨) « فيها » من ب .

ولو استأجر دابة ولم يسم مايحمل عليها ، أو عبدا ولم يبين العمل: لايجوز ،لأن ذلك مما يتفاوت[1]. وإن اختصما يفسخ العقد. وإن مضت المدة ، أو حمل عليها ، أو استعمل العبد ـ فالقياس أن يجب أجر المثل ، لأنه استوفى المنفعة . بعقد فاسد ، وفى الاستحسان: يجب المسمى ،لأنه يتعين المعقود عليه ويصير معلوما بالعمل والحمل ، فيعود العقد جائزا .

. . .

ومنها ـ أنه يجب على المؤاجر [2] **تسليم المستأجر سليما عن العيب** الذى يضر[3] بالانتفاع ، خاليا عن الموانع التى تمنع من الانتفاع فى جميع المدة، حتى يجب عليه جميع الأجر[4] .

فإن كان به عيب يضر بالانتفاع ، فالمستأجر بالخيار : إن شاء فسخ الإجارة ، وإن شاء مضى عليها :

فإن مضى عليها مع العيب،يجب عليه جميع المسمى، لأنه رضى بالمعقود عليه مع العيب .

وإن زال ذلك العيب أو سقط حائط فبناه المؤاجر ، فلا خيار للمستأجر ، لأن العيب زال .

فإن كان المؤاجر غائبا فليس له أن يفسخه ، لأن الفسخ لايجوز إلا بحضور العاقدين أو من قام[5] مقامهما .

(١) زاد هنا فى ب :«فيه».
(٢) فى ا : « المؤجر » .
(٣) فى ب كذا : « يصير » .
(٤) « حتى يجب عليه جميع الأجر » من ا و ب .
(٥) فى ا : « يقوم » .

وإن سقطت الدار كلها أو[١] انهدمت ، فله أن يخرج من الدار ، كان المؤاجر حاضرا أو غائبا .

واختلفت إشارة الروايات فى أن العقد ينفسخ[٢] أو يثبت له حق الفسخ؟ والصحيح أنه ينفسخ ، لأنه فات جنس الانتفاع المعهود[٣]، بالدار ، وإنما يمكنه أن ينتفع بضرب الخيمة ونحوها ، والعقد ينفسخ بهلاك المعقود عليه .

وأما إذا استأجر دارين صفقة واحدة، فسقطت إحداهما أو منعه مانع من إحداهما ، أو كانت[٤] الدار المستأجرة واحدة وامتنع رب الدار عن تسليم بيت[٥] منها، فله أن يفسخ العقد، لأن الصفقة تفرقت فى المنافع، وتفريق الصفقة يثبت الخيار .

أما إذا حدث مانع يمنع من[٦] الانتفاع بعد التسليم فى المدة، كما إذا غصبه غاصب ، أو حدث الإباق أو المرض المعجز عن الانتفاع ، أو انقطاع الماء فى[٧] الرحا أو[٨] الشرب فى الأرض، فإنه تسقط الأجرة،

---

(١) الهمزة من ا .
(٢) فى ب : « يفسخ » .
(٣) فى ا : « المعقود » .
(٤) التاء من ب و ا .
(٥) هكذا فى ا و ب . والعبارة فى الأصل محرفة غير واضحة .
(٦) « من » من ا . وفى الأصل و ب : « عن » .
(٧) فى ب و ا : « عن » . وفى ب : « أو انقطع الماء عن » .
(٨) الهمزة من ب .

في المستقبل، مالم يسلم إليه ويلزمه أجر مامضى، لأن الأجر يجب شيئا فشيئا بمقابلة استيفاء المنافع.

* * *

ثم تطيين الدار وإصلاح ميازيبها وما وَهَى من بنائها على[1] رب الدار دون المستأجر . حتى تكون صالحة للانتفاع ، ولكن لايجبر على ذلك ، لأن المالك لايجبر على إصلاح ملكه، لكن يثبت الخيار للمستأجر، لأن هذا في معنى العيب .

وكذا إصلاح بئر الماء، والبالوعة، والمخرج : على رب الدار ، وإن امتلأ من فعل المستأجر ، لكن لايجبر عليه ، لما ذكرنا .

وإذا انقضت مدة الإجارة ، وفي الدار تراب من كنس المستأجر ، فعليه أن يرفعه ، لأنه حدث بفعله .

والقياس في امتلاء[2] المخرج والبالوعة كذلك . وفي الاستحسان: لايلزمه ، لأن العادة[3] جرت أن كل ما كان مغيبا في الأرض[4] فنقله على صاحب الدار[5] .

وإن أصلح المستأجر شيئا من ذلك ، يكون متبرعا إلا إذا فعل ذلك بأمر رب الدار أو بأمر من هو نائب عنه .

* * *

---

(١) في ا : « ميازيبها وماؤها على » .

(٢) في ا : « في إصلاح » .

(٣) في ب : « العرف » .

(٤) في ا : « في الدار والأرض » .

(٥) « على صاحب الدار » ليست في ب .

وعلى المستأجر فى إجارة الدار والحانوت تسليم المفتاح[١] إلى المؤاجر بعد انتهاء المدة .

فأما فى الدابة التى[٢] استأجرها للركوب فى حوائجه فى المصر وقتاً معلوماً فليس[٣] عليه أن يسلمها إلى صاحبها ، بأن يذهب بها إلى منزله، وعلى المؤاجر أن يقبضها من[٤] منزل المستأجر ، لأنه حصل له المنفعة بالتسليم إلى المستأجر، وهو الأجر ، فلم يكن عليه الرد كما فى الوديعة، حتى لو أمسكها أياما ولم ينتفع بها فهلكت فى يده لم يضمنها، وفى العارية والغصب [٥] يجب الرد على المستعير والغاصب .

ولو استأجر من موضع مسمى فى المصر إلى مكان معلوم ذاهبا و[٦] جائيا ، فإن على المستأجر أن يأتى بها إلى ذلك الموضع الذى قبضها منه[٧] ، لأن انتهاء الإجارة إلى هذا الموضع ، فعليه أن يأتى بها إليه ، لأن الرد واجب على المستأجر ، فإن حملها إلى منزله فأمسكها حتى عطبت: يضمن، لأنه تعدى فى حملها[٨] إلى غير موضع العقد - حتى لو قال المستأجر: « أركبها من هذا الموضع[٩] إلى موضع كذا وأرجع إلى منزلى » : فليس

---

(١) « المفتاح » من ب و ا . وفى الأصل : « المستأجر » .
(٢) فى ا : « إذا » .
(٣) الفاء من ا .
(٤) فى ب : « فى » .
(٥) « والغصب » من ب و ا .
(٦) فى ا : « أو » .
(٧) فى ب : « فيه » .
(٨) « فى حملها » ليست فى ا .
(٩) فى ب : « من موضع كذا » .

على المستأجر أن يردها إلى منزل المؤاجر ، لأن الإجارة انتهت[1]، فبقيت أمانة في يده ، فلا يجب عليه الرد كما في الوديعة .

وأما الإجارة على الأعمال

< ف > كاستئجار القصار والإسكاف والصباغ وسائر من يشترط عليه العمل في سائر الأعمال[2]، من حمل[3] الأشياء من موضع إلى موضع ونحوها .

وهو نوعان : استئجار **الأجير المشترك**،**والأجير الخاص** الذي يسمى أجير الوَحْد . فالأجير المشترك ، كاسمه ، الذي يتقبل الأعمال من الناس كالصباغ والقصار ونحوهما[4]. وأجير الوَحْد ، كاسمه ، الذي يعمل للواحد مدة معلومة . وللأول أن يعمل لهم جميعا ، وليس لمن استأجره أن يمنعه عن العمل لغيره . وفي أجير الوحد ليس له ذلك ، وللمستأجر أن يمنعه .

ثم **أحكامها** [5] تختلف في بعض الأشياء وتتفق في البعض :

فأجير الوحد لا يكون ضامناً للعين التي تسلم إليه للعمل فيها[6] ، كما

(١) في ا و ب : « انقضت » .

(٢) « كاستئجار ... في سائر الأعمال » ليست في ب .

(٣) في ا : « في حمله » .

(٤) في ب : « يتقبل الأعمال كاستئجار الإسكاف والقصار ونحوهما » .

(٥) كذا في ا . وفي الأصل و ب : « أحكامها » .

(٦) هكذا في ب إلا أن فيها : « للعمل فيه » . وفي الأصل : « للعين الذي يسلم إليه العمل فيه » . وكذا في ا مع نقصان « التي » .

إذا استأجر يوماً أو شهرا قصارا أو خياطا ليعمل له لاغير، حتى لو هلك في يده لابصنعه لايضمن بالإجماع . وكذلك لو تخرق بصنعه الذى هو من العمل المأذون فيه .

فأما الأجير المشترك فلا يكون ضامنا و[١]تكون العين التى فى يده أمانة عند أبى حنيفة وزفر . وفى قول أبى يوسف ومحمد[٢]: يكون مضمونا : لو هلك بغير صنعه يضمن إلا إذا هلك بحرق غالب أو بغرق غالب ونحو ذلك . ولو تخرق بصنع معتاد بأن دق دق مثله . أو ألقاه فى النورة فاحترق ، أو الملاح إذا غرقت السفينة من عمله ، والحمال إذاسقط و[٣]فسد الحمل ، أو الراعى المشترك إذا ساق الدواب فضرب بعضها[٤] بعضا فى حال سياقه حتى هلك : يكون مضمونا عندنا ؛ وقال زفر والشافعى : لايضمن ـ والمسألة معروفة .

ولو استأجر البزاغ والفصاد والختان فعملوا عملهم ثم سرى إلى النفس ومات :فلا[٥]ضمان عليهم ، لأنه ليس فى وسعهم الاحتراز من ذلك .

ولو تخرق بدق أجير القصار . لاضمان عليه ، ولكن يجب الضمان على الأستاذ ، لأن عمله ينتقل إليه كأنه فعل بنفسه[٦].

---

(١) « فلا يكون ضامنا و » من ب و ا .

(٢) هكذا فى ب و ا . وفى الأصل :« قولها » .

(٣) « و » من ب و ا .

(٤) هكذا فى ب . وفى الأصل و ا : « بعضهم » .

(٥) الفاء من ا .

(٦) فى ا :« كأنه عمل نفسه » .

ولو وطئ على ثوب من ثياب القصارة فخرقه ، يضمن ، لأن هذا ليس من توابع العمل .

ولو وقع من[١] يده سراج فأحرق ثوبا[٢] من ثياب القصارة ، فالضمان على الأستاذ ، لا عليه ، لأن الذهاب والمجئ بالسراج عمل مأذون فيه .

وكذلك لو وقع الكُذَيْنَق[٣] من يده فخرق ثوبا من ثياب القصارة ، فالضمان على الأستاذ ، لأن هذا من عمل القصارة .

ولو وقع على ثوب وديعة عند الأستاذ فخرقه ، ضمنه الأجير . وكذا فى السراج إذا حَرقه[٤] .

. . .

ولو هلك العين المعمول فيه هل يسقط الأجر ؟ فهذا لا يخلو : إما إن كان العين المعمول فيه[٥] فى يد الأجير أو فى يد المستأجر[٦] .

فإن كان فى يد الأجير فهو على وجهين :

---

(١) هكذا فى ب و ا . وفى الأصل : « فى » .

(٢) فى ب و ا : « فاحترق ثوب » .

(٣) فى الأصل : « الكذين » . وفى ب و ا : « الكوزين » . قال الجواليقى فى المعرب (تحقيق أحمد شاكر) : « الكُذَيْنَق الذى يدق به القصار . ليس بعربى . وهو الذى تدعوه العامة : كُوذينا » وفى الهامش : « ويقولون لِمُدْق القصار : الكوذين . الكلام : الكذنيق » . وفى المغرب : « الكُذِينق بضم الكاف وكسر الذال مدق القصار » .

(٤) فى ب و ا : « أحرَقه » . والكلمتان صحيحتان (راجع القاموس) .

(٥) « فيه » من ب و ا .

(٦) فى ا : « الأستاذ » .

إما إن كان لعمله أثر فى العين ، كالقصارة والصباغة[١] ، فإنما يجب الأجر بتسليم ذلك الأثر ، فإذا هلك قبل التسليم فى يده: سقط الأجر ، لأنه لم يسلم المعقود عليه[٢] .

وإن لم يكن لعمله أثر فى العين. كالحمال والملاح ، فكما فرغ من العمل : يجب الأجر. وإن لم يسلم العين إلى صاحبه ، لأن المعقود عليه المنفعة ونفس العمل ، فإذا انتهت المدة فقد فرغ من العمل وصار مسلما فى العين التى هى ملك صاحبه<ا>[٣] فلا يسقط الأجر بالهلاك بعده ، ولهذا قالوا :إن كل عمل له أثر فى العين الذى هو ملك صاحبه[٤] : كان له حق حبس العين ، حتى يستوفى الأجر ، لأن البدل مستحق بمقابلة ذلك الأثر . ومالا أثر له: لا يثبت فيه حق الحبس، لأن العمل المعقود عليه ليس فى العين ـ ولهذا قالوا إن الحمال إذا حبس المتاع الذى[٥] فى يده، ليستوفى الأجر، فهلك[٦]: يضمن ، لأن العين أمانة فى يده[٧]، فإذا حبس صار غاصبا ، فيضمن .

---

(١) فى ب :« كالقصار والصباغ » .

(٢) فى ا : « لأنه يسلم المعقود » .

(٣) « فى العين... صاحبه» من ب و ا ، وقد وردت هذه العبارة فى الأصل بعد ذلك بقليل ولم ترد فى ب و ا بعد ذلك . انظر الهامش التالى.

(٤) « الذى هو ملك صاحبه » لم تردهنا فى ب و ا . راجع الهامش المتقدم .

(٥) « الذى » من ب و ا .

(٦) فى ب :« هلك فى يده ». انظر الهامش التالى.

(٧) « فى يده » ليست فى ب . راجع الهامش السابق .

وأما إذا كان العين المعمول فيه[١] في يد المستأجر ، بأن عمل الأجير في ملك المستأجر أو فيما في يده من فناء ملكه ونحو ذلك[٢] : فإذا فرغ من العمل: يستحق كل الأجر ، وإن لم يفرغ وعمل بعضه: يستحق الأجر بقدره ويصير ذلك مسلما إلى صاحبه ، حتى إنه إذا استأجر إنسانا ليبني له بناء في داره أو فيما في يده ، أو يعمل له ساباطا[٣] أو جناحا ، أو يحفر له بئرا أو قناة أو نهرا في ملكه أو فيما في يده ، فانهدم البناء أو انهارت البئر أو سقط الساباط[٤]: لم يسقط شيء من الأجر إن كان بعد الفراغ، وإن كان قبل الفراغ: يجب بقدر حصة العمل .

وأما إذا كان الحفر أو البناء في غير ملكه[٥] ويده ، فلم يصر مسلما إليه بالعمل ، فما لم توجد التخلية من الأجير بين المستأجر وبينه، لا يصير قابضا للمعقود عليه ، فإذا فسد قبل ذلك أو هلك: سقط الأجر .

وعلى هذا ـ إذا استأجره[٦] ليضرب له لبنا في ملكه، فرب[٧] اللبن لا يصير قابضا حتى يجف اللبن وينصبه في قول أبي حنيفة ، وعندهما حتى

(١) « فيه » ليست في ا .

(٢) « فناء ملكه ونحو ذلك » من ب و ا . وفي الأصل : « بناء ملك فإذا فرغ » .

(٣)و(٤) قال في اللسان : « الساباط سقيفة بين حائطين . وفي المحكم : بين دارين . وزاد غيره : من تحتها طريق نافذ . والجمع سوابيط وساباطات » .

(٥) في ب : « في ملك غيره » .

(٦) الهاء من ب .

(٧) « فرب » من ب و ا . وفي الأصل : « فضرب » .

يشرجه[١] . وإن كان ذلك فى غير ملكه أو فى غير يده : لم يكن له الأجر حتى يسلمه إليه منصوبا عنده ، وعندهما مشرجا ، لأنه لم يكن فى يده حتى يصير العمل مسلما إليه. فلا بد من التخلية[٢] بعد الفراغ من العمل.

وعلى هذا ـ الخياط يخيط له فى منزله قميصا ؛ فإن خاط بعضه: لم يكن له أجر ، لأن هذا العمل لا ينتفع ببعضه . فإذا فرغ منه ثم هلك : فله الأجر ، لأنه صار مسلما للعمل عنده[٣].

---

(١) شَرَّج اللَّبِن تَضَّد بعضه إلى بعض وكل ما ضم بعضه إلى بعض فقد شرج وشرّج (اللسان) .

(٢) « من التخلية » من ب و ا .

(٣) زاد فى ب : « والله أعلم » .

باب

الإجارة الفاسدة

وما يكون به مخالفا

المستأجر[1] إذا كان مجهولا ، أو الأجر مجهولا ، أو العمل ، أو المدة ـ فالإجارة فاسدة ، لأنها جهالة تفضى إلى المنازعة . كما فى البيع.

. . .

وإجارة المشاع ـ فيما يقسم أو لا يقسم ، فاسدة عند أبى حنيفة وزفر .

وعلى قولهما : جائزة ـ وهو قول الشافعى .

وأجمعوا أنها من الشريك جائزة .

وأجمعوا أنه لو أجر من رجلين : جاز . ولو مات أحدهما حتى[2] بطلت الإجارة فى حصته وصارت ملكا للوارث[3] فيصير[4] شيوعا طارئا ، فإنه لا تبطل الإجارة ، فالشيوع المقارن[5] مفسد والطارئ غير مفسد ـ هذا هو المشهور من الرواية ـ والمسألة تعرف فى الخلافيات[6].

. . .

والإجارة على القرب والطاعات ، كالحج والإمامة والأذان ،

(١) فى ا : « قال رحمه الله : المستأجر » .

(٢) « حتى » ليست فى ا .

(٣) فى ب و ا : « الآخر » . انظر فيما بعد ص ٥٣٥ .

(٤) « فيصير » ليست فى ا .

(٥) فى ب : « المتقارب » .

(٦) فى ب : « فى المختلف » .

ونحوها ، فاسدة ، عندنا[١] ، خلافا للشافعى[٢].

• • •

والإجارة على المعاصى ، كما إذا استأجر مغنيا أو نائحة ، فاسدة[٣].

• • •

ولا يجوز إجارة النهر والبئر والقناة مع الماء ، ولا إجارة المراعى والآجام ، لأن هـذه إجارة على استهلاك العين ، والإجارة لاستيفاء المنافع مع بقاء العين .

ولو استأجر نهرا يابسا أو موضعا من الأرض معلوما ، ليسيل[٤] فيه ماء المطر أو ماء الزراعة ، لا يجوز ، لتفاوت فى[٥] قلة الماء وكثرته ، وذلك مما يضر بالنهر[٦] ، وروى[٧] عن محمد أنه يجوز .

• • •

ولو استأجر طريقا فى دار غيره[٨] ليمر[٩] فيها وقتا معلوما : لم يجز فى قياس قول أبى حنيفة ، ويجوز فى قياس قولهما ـ بناء على أن[١٠] إجارة المشاع فاسدة عنده ، خلافا لهما[١١].

---

(١) « عندنا » ليست فى ا .

(٢) هكذا فى ب و ا . وفى الأصل : « له » .

(٣) فى الأصل و ا و ب : « فهى فاسدة » .

(٤) فى ا : « مقلوعا يسيل » .

(٥) هكذا فى ب و ا . وفى الأصل : « من » .

(٦) فى ا : « وذلك لم يضر ماء النهر » .

(٧) « روى » من ا و ب . وفى الأصل : « وعن » .

(٨) « غيره » من ا .

(٩) « ليمر » ليست فى ا .

(١٠) « أن » من ا .

(١١) « فاسدة عنده خلافا لهما » من ا . راجع ص ٥٢٨ .

وإذا استأجر رجلا للبيع والشراء : لايجوز ، لأنه لايقدر على ذلك إلا بفعل غيره . وأما إذا استأجره شهرا ليبيع له ويشترى[1] : جاز ، لأن الإجارة وقعت على منفعة المدة ، وهى معلومة .

ولو استأجر أرضا فيها رطبة ، سنة : لايجوز ، لأنه لايمكن تسليمها إلا بضرر ، وهو قلع الرطبة . فإن قلع رب الأرض الرطبة وسلم أرضا بيضاء : جاز ، ويجبر على القبول ، كما إذا اشترى جذوعا فى سقف .

ولو استأجر عبدا للخدمة أو دابة للحمل وشرط المستأجر[2] نفقتها ، فهى فاسدة ، لأن قدر النفقة[3] مجهول[4] .

• • •

ثم فى الإجارة الفاسدة : إذا استوفى المنفعة ، يجب أجر المثل ، مقدرا بالمسمى عندنا ، وعند زفر : يجب أجر[5] المثل تاما على مامر .

• • •

وأما بيان مايصير به مخالفا ، وما لا يصير به مخالفا <فنقول> :

إذا استأجر دابة ليحمل عليها شيئا ، فحمل عليها غيره ـ ينظر :

إن كان ضرر الدابة من حيث الخفة والثقل : فإن كان ذلك الشئ مثل المأمور به أو أخف : فلا[6] شئ عليه ، لأن التعيين لافائدة فيه .

---

(١) فى ا : « استأجره ليبيع ويشترى » .

(٢) فى ب : « المستأجر » .

(٣) فى ا : « المنفعة » .

(٤) هكذا فى ب و ا . وفى الأصل : « مجهولة » وانظر فيما بعد الحكم فى إجارة الظئر ص ٥٣٥ - ٥٣٦ .

(٥) « اجر » ليست فى ا ففيها : « يجب المثل » .

(٦) الفاء من ا .

وإن كان أثقل : فإن كان بخلاف[1] جنسه ، بأن حمل مكان الشعير الحنطة، فعطبت الدابة ، فهو مخالف ، وضامن ، ولا[2] أجر عليه ، لأنها هلكت بفعل غير مأذون فيه، فوجب الضمان ، دون الأجر، لأنهما لا يجتمعان.

وإن كان من جنسه ، فحمل المسمى وزاد عليه ، بأن حمل أحد عشر قفيزا مكان العشرة — فإن سلمت الدابة : فله ما سمى من الأجر ، وإن عطبت : فهو ضامن لجزء من أحد عشر جزءا من أجزاء الدابة ، وعليه الأجر الذي سمى، لأنها ماتت بفعل[3] مأذون وغير مأذون[4]. فيقسم على قدر ذلك .

فأما إذا كان ضرر الدابة لا من حيث الخفة والثقل ، بأن يستأجر دابة ليحمل عليها مائة مَنٍّ[5] من[6] قطن، فحمل عليها[7] مثل وزنه حديدا أو أقل، ضمن، لأن ثقل القطن يكون على جميع العضو لأنه ينبسط على الموضع الذي حمل عليه[8]، فأما ثقل الحديد <ف> يكون في موضع واحد ، فيكون أثره أقوى في الضرر .

وعلى هذا: إذا استأجرها ليركبها ، فأركب من هو مثله في الثقل أو

---

(١) في ا و ب : « خلاف » .
(٢) في ب : « فلا » .
(٣) في ا و ب : « بثقل » .
(٤) في ب : « مأذون فيه وغير مأذون فيه » .
(٥) المنّ كيل أو ميزان . وهو رطلان (اللسان)
(٦) « من » من ا .
(٧) « عليها » من ا .
(٨) « عليه » من ب .

أخف ، ضمن ، لأن ذلك يختلف بالحذق والخرق[١] . ولو ركبها ، وأركب مع نفسه غيره ، فعطبت : فإن كانت الدابة مما يمكن أن يركبها اثنان : يضمن نصف قيمتها ، لأن التلف حصل بركوبهما ، فصار كما لو تلفت[٢] بجراحتها[٣] وأحدهما غير مأذون . وإن كان لا يمكن : فعليه جميع قيمتها ، لأن هذا إتلاف منه .

وعلى هذا : إذا استأجر دابة بإكاف[٤] فأسرجها : لا ضمان عليه[٥] ، لأن الضرر أقل ، لأنه يأخذ من الظهر أقل[٦] .

وإن استأجر حمارا بسرج فأسرجه[٧] سرجا آخر[٨] : <ف>إن كان مثل الأول ، بأن يسرج به الحمار ، لا يضمن ، وإن أسرجه بسرج الفرس : يضمن . فإن أوكفه : ذكر في الأصل أنه يضمن بقدر ما زاد الإكاف على السرج ؛ وفي الجامع الصغير : على قول أبي حنيفة : يضمن الكل . وعندهما : بقدر ذلك[٩] .

---

(١) « والخرق » ليست في حـ .

(٢) هكذا في ا . وفي الأصل و ب : « تلف » .

(٣) « بجراحتها » من ب . وهي ليست في ا . وفي الأصل : « بجراحتها » وفي الكاساني (٤ : ٢١٤ : ١٩) : « بمنزلة تلفها بجراحتها » .

(٤) إكاف الحمار برذعته (القاموس) .

(٥) « عليه » من ب و حـ .

(٦) « لأنه يأخذ من الظهر أقل » من ب و ا .

(٧) الهاء من ا .

(٨) في ب : « وإن استأجرها بسرج فأسرجها سرجا آخر » . وفي ا : « ولو استأجر بسرج فأسرجه آخر » .

(٩) انظر : محمد ، الجامع الصغير ، ص ١٠٤ .

وإن استأجر حمارا عريانا فأسرجه[١]: <ف> إن استأجر ليركب[٢] خارج المصر: لا يضمن. وإن استأجر ليركبه في المصر: <ف> إن كان رجلا من الأشراف أو[٣] الأوساط: لا يضمن، لأن مثله لا يركب من غير سرج، فيكون إذنا دلالة. وإن كان من الأسافل: يضمن، لأن مثله يركب بغير سرج، بالجُل[٤] ونحوه[٥]، و[٦] السرج أثقل، فيضمن.

ثم *الإجارة تفسخ*[٧] *بالأعذار* المخصوصة عندنا، وإن وقعت الإجارة صحيحة لازمة، بأن لم يكن ثمة عيب ولا مانع من الانتفاع.

وقال الشافعي: لا تنفسخ[٨] — والمسألة معروفة.

ثم العذر ما يكون عارضا يتضرر به العاقد مع بقاء العقد، ولا يندفع بدون الفسخ — بيان ذلك:

إذا أراد المستأجر أن ينتقل عن[٩] البلد أو يسافر، فله أن ينقض الإجارة، في العقار وغيره.

وكذا مستأجر الحانوت: إذا ترك ذلك العمل أو التجارة و[١٠] انتقل إلى غيره.

(١) الهاء من ا و ب.
(٢) في ب: «ليركبه».
(٣) الهمزة من ب و ا.
(٤) جُل الدابة وجَلُّها الذي تُلبَسه لتصان به (اللسان).
(٥) في ا: «وغيره».
(٦) في ب: «ولأن السرج».
(٧) في ا: «تنفسخ». انظر الهامش التالي.
(٨) في ا: «لا تنفسخ». راجع الهامش السابق.
(٩) في ا: «من». (١٠) في ب: «أو».

وكذا إذا أفلس .

وليس المؤاجر < عند > السفر والنقلة عن البلد عذر[١]، لأنه لا[٢] ضرر عليه فى تبقية العقد .

ومرض الحمال والجمال بحيث يضره الحمل عذر فى رواية أبى يوسف، لأن غيره لايقوم مقامه إلا بضرر[٣]. وذكر محمد فى الأصل وقال : مرض الجمال لا يكون عذرا ، لأن خروجه مع الإبل ليس بمستحق .

وكذا الدين الذى لاطريق للمؤاجر[٤] فى قضائه إلا ببيع المستأجر ـ يكون عذرا .

وكذا المستأجر إذا كان لايحصل له النفع مما استأجر ، إلا بضرر يدخله فى ملكه أو بدنه ، فبدا له ذلك[٥] فله فسخه ـ كمن استأجر رجلا ليقصر له ثيابا أو يقطعها أو[٦] يخيطها ، أو ينقض دارا له ، أو يقطع شجرا ،أو يحدث فى ملكه شيئا من بناء أو حفر ،أو[٧] ليحتجم أو يفتصد، أو يقلع ضرسا له، أو ليزرع أرضا له ببذره،ونحو ذلك[٨] ـ لأنه إذا بدا

---

(١) « عذر »ليست فى ب . وفى الأصل:« عذرا »،وفى ا :« عن البلدمن غير عذر ».
(٢) « لا » ليست فى ا .
(٣) « لأن غيره ... بضرر » من ب و ا .
(٤) فى ا :« وكذا الذى ليس المواجر » .
(٥) فى ب : « غير ذلك » . وفى ا كذا :« عن ذلك » .
(٦) فى ب :« و » .
(٧) زاد هنا فى ا : « فصادا » نفيا : « أو فصادا » .
(٨) « ونحو ذلك » من ا و ب .

اه من ذلك ظهر أن له فيه ضررا[١] .

• • •

ثم الإجارة تبطل بموت المستأجر أو المؤاجر[٢] عندنا، خلافا للشافعي. ونعنى به موت من وقع له عقد الإجارة، دون العاقد[٣]، حتى إذا كان وكيلا : لا تبطل .

فأما هلاك المستأجر : <ف>إن كان شيئاً بعينه يبطل . وإن كان بغير عينه، بأن وقعت الإجارة[٤] على دواب بغير عينها[٥] للحمل أو الركوب، وسلم إليه الدواب، فهلكت : فعلى المؤاجر أن يأتى بغيرها ليحمل المتاع ، وليس له أن يفسخ ، لأنه لم يعجز عن وفاء ما التزمه بالعقد ، وهو حمل متاعه إلى موضع كذا .

• • •

ثم إجارة الظئر مثل إجارة عبد الخدمة[٦] : لابد من بيان الوقت، وبيان الأجر[٧]، ونحو ذلك ، إلا أن فى الظئر إذا استأجرها بكسوتها ونفقتها: جاز، من غير بيان عند أبى حنيفة استحسانا[٨] ، وعند أبى يوسف ومحمد

---

(١) فى ا : « إذا بدا له وظهر أن فيه ضررا كان له فسخه » .

(٢) فى ب: « المؤجر » .

(٣) فى ا : « دون العاقد نفسه » . وفى ب : « دون العاقد لنفسه » .

(٤) « الإجارة » من ب و ا .

(٥) فى ب : « على دواب بعينها » .

(٦) زاد هنا فى ب : « لأنه » ـ انظر فيما بعد الهامش ٨ .

(٧) فى ا كذا : « لابد من بيان وقت الأجر » .

(٨) راجع فيما تقدم (ص ٥٣٠) حالة ما إذا استأجر عبدا أو دابة وشرط المستأجر نفقتها.

والشافعي : لايجوز ، لأن هذه جهالة تفضي [١] إلى المنازعة غالبا .

وإنها[٢] بمنزلة أجير الوحد : لا يجوز لها أن ترضع غيره .

وعليها الرضاع ، والقيام بأمر الصبي فيما يحتاج إليه ، من غسله وغسل ثيابه وطبخ طعامه ، وتهيئة ذلك ، و[٣] الطعام على الأب .

وذكر : وما يعالج[٤] به الصبيان من الريحان والدهن فعلى الظئر ، وهذا من عادة بلدهم . فأما في بلادنا ـ بخلافه ـ فعلى الأب .

. . .

ثم الإجارة [٥] تتوقف على إجازة المالك . ثم ينظر :

إن أجاز العقد قبل استيفاء المنفعة ـ جاز ، وتكون الأجرة المالك .

وإن أجازه[٦] بعد استيفاء المنفعة ، لم يجز[٧] بإجازته ، وكانت الأجرة للعاقد ، لأن المنفعة الماضية تلاشت ، فلا يبقى العقد بعد فوات[٨] محله ، فلا يلحقه الإجازة ، ويصير العاقد غاصبا بالتسليم ، فصار كالغاصب إذا آجر . وقالوا في الغاصب إذا آجر وسلم ثم قال المالك أجزت[٩] ما آجرت : إذا انقضت المدة فالأجر للغاصب ، وإن أجاز في نصف المدة فالأجر

---

(١) في ب : « لاتفضي » .

(٢) في ا : « وإنما هي » .

(٣) « و » من ا و ب .

(٤) في ا : « وذكروا أن ما يعالج » . وفي ب : « ذكر : مايعالج » .

(٥) أي من غير المالك ونائبه . وبعبارة أخرى ممن ليس له حق التأجير — كالغاصب .

(٦) الهاء من ا

(٧) في ا : « لم يعتد » .

(٨) في ا و ب : « لفوات » .

(٩) « أجزت » من ب و ا .

كله المالك فى قول أبى يوسف[١] ، وقال محمد : أجر ما مضى للغاصب ، وأجر الباقى للمالك .

وكذا قال محمد فيمن غصب أرضا ، فأجرها للزراعة ، فأجاز رب الأرض ، قال : إن أعطاها مزارعة وأجازها صاحب الأرض: جازت . وإن كان الزرع قد سنبل، مالم ييبس[٢]،فلا شيء للغاصب[٣]من الزرع — لأن المزارعة كالشيء[٤] الواحد :لا ينفصل بعض عملها عن بعض[٥] ، فإذا أجازها قبل الفراغ ، فجعل كالابتداء . وأما إذا ييبس[٦] الزرع فقد انقضى عمل المزارعة [٧] ، فلا تلحقه الإجازة،فيكون للغاصب[٨].

---

(١) فى ا :«فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف» • وفى الكاسانى (٤: ١٧٧) مثل ما فى المتن.

(٢) فى ب و ا :«ما لم يسمن ». انظر فيما بعد الهامش ٦ .

(٣) فى ب : « على الغاصب » .

(٤) فى ح : « لاشيء للغاصب من الزراعة كالشيء » .

(٥) فى ا :« لا ينفصل بعض عمله فإذا أجازها » .

(٦) فى ب و ا :« سمن » . راجع فيما تقدم الهامش ٢ .

(٧) « المزارعة » ليست فى ا .

(٨) فى ب : « كالغاصب » .

ثم تفسير الاستصناع

هو عقد على مبيع فى الذمة وشرط عمله على الصانع .

. . .

والقياس أن لا يجوز .

وفى الاستحسان: جائز . لتعامل الناس، <ف> لاجرم اختص جوازه بما فيه تعامل، كما فى الخف والقلنسوة والأوانى ونحوها ، بعد بيان القدر، والصفة ، والنوع .

. . .

وهو عقد[1] غير[2] لازم ، ولكل واحد منهما الخيار فى الامتناع قبل العمل ، وبعد الفراغ من العمل: لهما الخيار ـ حتى إن الصانع لو باعه قبل أن يراه المستصنع جاز ، لأنه ليس بعقد لازم[3] ؛ فأما إذا جاء به[4] إلى المستصنع فقد سقط خياره لأنه رضى بكونه للمستصنع ، حيث جاء به[5] إليه .

فإذا رآه المستصنع فله الخيار : إن شاء أجاز ، وإن شاء فسخ عند أبى حنيفة ومحمد[6] .

---

(١) « عقد » من ب و ا .

(٢) « غير » ساقطة من ب. راجع الكاسانى (٥ : ٣ : ٧ من أسفل) . وفى ا كذا : « عين لازم » .

(٣) فى ا كذا : « لأنه عقد لازم » .

(٤) « به » من ب و ا .

(٥) « إلى المستصنع فقد ... جاء به » ساقطة من ا .

(٦) هكذا فى ب و ا . وفى الأصل : « عندهما » .

وقال أبو يوسف : لا خيار له ، لأنه مبيع فى الذمة بمنزلة السلم .

وهما يقولان : إنه بمنزلة العين[١] المبيع الغائب[٢] .

فإذا ضرب الأجل فى الاستصناع ينقلب سلما عند أبى حنيفة ، خلافا لهما ، لأنه إذا ذكر[٣] فيه الأجل يكون فيه جميع معانى السلم . والعبرة للمعنى لا للفظ ـ ولهذا لو استصنع مالا يجوز استصناعه حتى يكون استصناعا فاسدا ، وشرط[٤] فيه الأجل : ينقلب سلما بلا خلاف ـ كذا هذا . والله أعلم .

---

(١) « العين » ليست فى ا .

(٢) فى ب : « الغائب » .

(٣) فى ا : « ضرب » .

(٤) فى ا و ب : « فإذا شرط » .

١ ــ فهرست الموضوعات

٢ ــ فهرست الأعلام المترجم لهم

وقد اكتفينا فى هذا الجزء بذلك كما فعلنافى الجزء الأول وإن شاء الله سننشر فى نهاية الجزء الثالث فهارس مختلفة للأجزاء الثلاثة جميعا .

فهرست الموضوعات

الأرقام تشير إلى الصفحات

كتاب البيوع (٣-١٢٣)

كتاب النكاح (١٧٤ـ٢٥٠)

كتاب الطلاق (٢٥١ - ٣٧٩)

كتاب العتاق (٣٨٠ - ٤٢٩)

كتاب الأيمان (٤٣٠ ـ ٥١٣)

فهرست الأعلام المترجم لهم

فى هذا الجزء

الرقم الأول يشير إلى الصفحة والثانى إلى الهامش حيث الترجمة

استدراك – فى ص ١٧١ ورد اسم الدارقطنى وترجمته :

هو أبو الحسن على بن عمر بن أحمد بن مهدى البغدادى الدَّارَقُطْنى . كان عالما حافظا فقيها على مذهب الشافعى . أخذ الفقه عن أبى سعيد الاصطخرى الفقيه الشافعى . وانفرد بالإمامة فى علم الحديث فى عصره . وله كتاب « السنن » و « المختلف والمؤتلف » وغيرهما . وخرج من بغداد إلى مصر حيث وضع « المسند » ولد سنة ٣٠٦ وتوفى سنة ٣٨٥ هـ بغداد . و « الدَّارَقُطنى » نسبة إلى دار القطن وكانت محلة كبيرة ببغداد (ابن خلكان) .

أخطاء مطبعية

وقع أثناء الطبع بعض أخطاء مطبعية لن تخفى على القارىء . وفيما يلي ما وقع عليه نظرنا

الصفحة	السطر	الهامش	الخطأ	الصواب
٦٨		٣	النُفُرَة	النُّقْرَة
١٥١	١		ابن أبي الملى	ابن أبي ليلى
١٧٥	١٢	و ٥	الفرا	القَرا (بالفتح - راجع القاموس في مادة قَرَأ)
٢٩٣		٤	- وطلاق المجنون . كذلك - وطلاق السكران وعتاقه وأفعاله كلها وأقواله كأفعال الصحيح إلا الردة .	وطلاق المجنون كذلك . . . . كأفعال الصحيح وكأقوال الصحيح إلا الردة.
٣٠٣	٦		وأما الطلاق بعوض:لاقيمة له :	وأما الطلاق بعوض لاقيمة له :
٣٦٨		٧	مالا يحيض في مثلها	ما لا يحيض فيه مثلها
٣٧٦		٧	وانظر فيما يلي ٣٧٧	وانظر فيما يلي ص ٣٧٧
٤٤٨		٨	والثاني - أن يقول « إلا أن آذن لك » .	ملاحظة : كذا في الأصل و ا و ح ونرى أن الصحيح ما في ب :« حتى آذن لك» (انظر الهامش ٧) ولعل الصحيح أن تكتب العبارة كذا:« إلى أن آذن لك ».

. . .

تقرر تدريس كتاب « التحفة » بأجزائه الثلاثة في كلية الشريعة بجامعة دمشق

